DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie Doctrina Jurídica, Núm. 692

Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos
Asistente editorial: José Antonio Bautista Sánchez
Cuidado de la edición: Leslie Cuevas Garibay, Miguel López Ruiz
Wendy Vanesa Rocha Cacho
Formación en computadora: José Antonio Bautista Sánchez
Diseño de interiores y portada: Edith Aguilar Gálvez
Apoyo editorial: Mayra Elena Domínguez Pérez, Cora Guadalupe Gracia Rosas
Ayax Gutiérrez Villascán

Diccionario
de
Derecho Procesal
Constitucional y Convencional

TOMO I

Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Fabiola Martínez Ramírez
Giovanni A. Figueroa Mejía
(Coordinadores)






poder judicial de la federación, Consejo de la Judicatura Federal
universidad nacional autónoma de méxico
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Primera edición: 24 de abril de 2014

Impreso y hecho en México

Al doctor Héctor Fix-Zamudio,
forjador indiscutible de la ciencia del derecho procesal constitucional, con motivo de su nonagésimo aniversario de fructífera existencia y por sus cincuenta años como investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.



CONTENIDO

A ......

B ......

C ......

D ......

E ......

F ......



PRESENTACIÓN

Resulta un motivo de satisfacción realizar la presentación del *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, bajo la coordinación de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Fabiola Martínez Ramírez y Giovanni Figueroa Mejía, que ha tenido a bien ser publicada por el Consejo de la Judicatura Federal y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

La obra que el lector tiene en sus manos constituye un esfuerzo colectivo en materia de la ciencia del derecho procesal constitucional y convencional. Por sus características, es un texto indispensable para todos los jueces, operadores jurídicos y estudiosos del derecho. El presente *Diccionario* representa el trabajo de más de 200 autores de 18 países latinoamericanos y europeos, que reúne casi 600 voces en la materia. Así, no solo es un puente entre la jurisdicción interna y la internacional, sino es una significativa aportación al análisis de los asuntos relacionados con los derechos humanos.

La progresividad y expansión que han tenido el derecho procesal constitucional y los derechos humanos en los últimos años resultan innegables, por lo que las aproximaciones serias a esta disciplina son condición inexcusable para la comprensión de las categorías básicas que son objeto de su estudio.

Una de las tareas pendientes es definir el papel del juez en un Estado democrático y constitucional, quien con su labor interpretativa y de aplicación construye y reconstruye las normas, dotando de contenido a los derechos humanos.

La tarea de las y los impartidores de justicia consiste, por lo tanto, en tutelar y aplicar de manera irrestricta los principios constitucionales con apoyo en los mecanismos legales, constitucionales y convencionales de diversa índole, previstos para tal efecto.

Así, es claro que los jueces nacionales tienen la responsabilidad central de salvaguardar los derechos humanos en un Estado, entendido este último como un verdadero fenómeno social y cultural.

Los recientes cambios en el sistema normativo y de fuentes propiciados en México a partir de las reformas constitucionales en materia de amparo y derechos humanos del 6 y 10 de junio de 2011, respectivamente, permiten el encuentro con la disciplina denominada derecho procesal constitucional, discutiendo temas relevantes que surgen en torno al mismo.

La figura del juez impone como premisa irrecusable de su actividad, el ejercicio del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, generando una conexión directa entre el derecho constitucional y el derecho internacional y convirtiéndolo en juez constitucional y juez interamericano.

Asimismo, el contexto de los compromisos internacionales, del análisis del expediente 912/2010, relativo al cumplimiento de la sentencia de *Rosendo Radilla* dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de la contradicción de tesis 293/2011, en donde se ha interpretado la jerarquía de las normas en México, permite afirmar desde la experiencia mexicana, que los tribunales constitucionales son determinantes en la construcción y progresividad de los derechos, asumiendo la responsabilidad histórica de su respeto y garantía, generando con ello nuevos derroteros en los criterios interpretativos, sustantivos y adjetivos que permitan la eficacia de los mismos.

A partir de dichos pronunciamientos, se hace evidente la necesidad de asegurar y determinar que las obligaciones internacionales fomentan una debida articulación entre el derecho interno y el derecho internacional, lo que implica un proceso dinámico de reflexión y reinterpretación del derecho, a la luz de un sistema de fuentes diverso, y en el cual se produce un interesante e intenso influjo entre cortes nacionales e internacionales, a lo que la doctrina ha denominado el "diálogo jurisprudencial".

Debemos, por lo tanto, entender el presente esfuerzo, como la descripción de los conceptos fundamentales en torno a la disciplina constitucional, procesal e internacional, pero además, como una herramienta importante para jueces, juezas, magistrados y magistradas, obligados a garantizar diariamente los derechos fundamentales, por medio del ejercicio cotidiano de integración normativa que les corresponde.

Sin duda alguna, las contribuciones de todos los autores y de los coordinadores motivarán al análisis, la difusión y el estudio en relación con el nuevo paradigma de los derechos humanos.

En este marco, resulta particularmente importante la participación del Consejo de la Judicatura Federal, partícipe en la generación de una herramienta de apoyo para las y los juzgadores, ya no solo constitucionales o convencionales, sino ahora también encargados explícitos de proteger los derechos humanos.

Abril de 2014
Ministro Juan N. Silva Meza
Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal



NOTA INTRODUCTORIA

Se cumplen setenta años de la aparición del libro *Ensayos de derecho procesal (civil, penal y constitucional),* en el que Niceto Alcalá-Zamora y Castillo utilizara por primera vez en Argentina la expresión "derecho procesal constitucional", por lo menos en el título de la obra;[1] y que luego, especialmente en México, en su clásico *Proceso, autocomposición y autodefensa* dejara con claridad su postura sobre la existencia de una nueva rama procesal.[2]

Esto significó el comienzo de un largo camino en la consolidación científica del derecho procesal constitucional, con aportes muy significativos de Kelsen, Couture, Calamandrei, Cappelletti y particularmente del jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio, que en su tesis de licenciatura de 1955 realiza el primer estudio sistemático sobre la materia, para establecer que el juicio de amparo debe estudiarse conjuntamente con las demás garantías constitucionales dentro de la nueva disciplina del derecho procesal constitucional.[3] La riqueza de ese ensayo del investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y discípulo directo de Alcalá-Zamora resulta invaluable para sentar las bases de lo que hoy es el *derecho procesal constitucional*.

Esta disciplina ha tenido un notable desarrollo en los últimos años, quedando incorporada en programas de estudio de licenciatura y posgrado, especialmente en numerosas universidades latinoamericanas. Su objeto de estudio es cada vez más amplio por los aportes de autoras y autores que se dedican al análisis de los ins-

[1] Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Ensayos de derecho procesal (civil, penal y constitucional),* Buenos Aires, Revista de Jurisprudencia Argentina, 1944.

[2] Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución a los fines de estudio del proceso),* México, UNAM, 1947, p. 207.

[3] Fix-Zamudio, Héctor, *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo,* México, 1955.

trumentos procesales encargados de hacer efectivos los contenidos de la Constitución, así como a través de la creación de institutos o asociaciones científicas en la materia, propiciando su interés, estudio y difusión.

Uno de los desafíos más importantes que hoy enfrenta la disciplina es la interacción con el derecho internacional en general, particularmente con el derecho internacional de los derechos humanos. Ante la ausencia de un diccionario sobre esta pujante disciplina que atienda a los nuevos retos que enfrenta, los coordinadores coincidimos en la necesidad de contar con un *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, que se convirtiera en instrumento de consulta útil y a la vez sencilla, a manera de una primera aproximación sobre los diversos tópicos que la engloban, dirigida no solo a los estudiantes y profesores universitarios, sino también a los juzgadores, abogados y, en general, a los operadores jurídicos, que día a día se enfrentan a la complejidad social, política y jurídica que encierra esta disciplina.

En ese contexto, y derivado de la trascendental reforma constitucional mexicana de junio de 2011 en materia de derechos humanos, en ese mismo año se inició la planeación del texto con el proceso de selección de aquellas voces que consideramos necesarias incorporar en un diccionario de esta naturaleza, que englobe los diversos enfoques de convergencia del derecho procesal, constitucional y convencional; durante los siguientes dos años se invitó a participar a quienes son considerados precursores, maestros, especialistas y conocedores de los temas que integrarían este caro proyecto.

El resultado es la obra que hoy presentamos, con cerca de 600 voces y con la participación de 201 autoras y autores de Alemania, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, España, Estados Unidos, Inglaterra, Italia, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, República del Congo y Venezuela. Por la complejidad de este esfuerzo colectivo, un importante número de voces no pudieron incorporarse en esta primera edición, sea porque se recibieron cuando el diccionario se encontraba editado, o por la dificultad de redactarlas por algunos autores. En todo caso, las voces no incluidas por esas razones y las que confiamos se completen, se integrarán eventualmente en una futura edición.

Las voces se han organizado en orden alfabético, de tal manera que el interesado pueda realizar una lectura secuencial que facilite su búsqueda, sin que ello signifique la ausencia de un diseño racional de relación entre los términos incluidos, debido a que dicho enfoque ha estado presente desde el momento de la selección de cada voz, sin olvidar que el *Diccionario* resulta muy representativo, en virtud de la especialidad de quienes contribuyeron en su integración.

Quienes hemos tenido el honor de coordinar este esfuerzo común, y seguramente todos los que lo han hecho posible, nos sentimos satisfechos por el resultado obtenido, debido a que las y los participantes han logrado exponer de manera clara el contenido y alcance de cada locución, desde un contexto histórico, jurídico y social, así como desde una perspectiva de derecho comparado, siempre que la voz no tuviera un enfoque esencialmente nacional o regional.

Nuestro profundo agradecimiento a quienes generosamente aceptaron participar en el *Diccionario*. Reconocemos su capacidad de síntesis y el haber logrado identificar los elementos esenciales en cada término. De igual manera, agradecemos a quienes realizaron las traducciones de otros idiomas al español por su importante labor.

Dejamos constancia de gratitud a la maestra Jacqueline Martínez por su decidido apoyo en este proyecto, así como al maestro José Manuel Chavarín Castillo y a la licenciada Claudia Viridiana Hernández Torres por el esfuerzo emprendido.

La presente obra no hubiera sido posible sin el esfuerzo institucional conjunto del Consejo de la Judicatura Federal y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Nuestro profundo agradecimiento y reconocimiento al ministro Juan N. Silva Meza por su indeclinable y decidida labor como presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal para ir construyendo, día a día, en su labor jurisdiccional y administrativa, el nuevo paradigma constitucional a favor de la dignidad humana, que estamos seguros marcará el devenir histórico de la Décima Época jurisprudencial; así como al doctor Héctor Fix-Fierro, por su muy destacada labor en los últimos ocho años como director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Como no puede ser de otra manera, dedicamos este *Diccionario* a nuestro querido maestro don Héctor Fix-Zamudio, indiscutible

forjador de la ciencia del derecho procesal constitucional, por sus noventa años de fructífera existencia, en los que ha sido y seguirá siendo un ejemplo a seguir como académico y ser humano excepcional.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Fabiola Martínez Ramírez
Giovanni A. Figueroa Mejía

Ciudad de México, abril de 2014

COLABORADORES

ABREU, Pablo
ACUÑA, Juan Manuel
ADAME GODDARD, Jorge
ALANIS FIGUEROA, María del Carmen
ÁLVAREZ, Rosa María
ÁLVAREZ TOLEDO, Daniel
ANAYA, Enrique
ANGULO JACOBO, Luis Fernando
ANSOLABEHERE, Karina
ARENAS BÁTIZ, Carlos Emilio
ASTUDILLO, César
AYALA CORAO, Carlos
BÁEZ SILVA, Carlos
BAGNI, Silvia
BAZÁN, Víctor
BERNAL FRANCO, César
BINDER, Christina
BONILLA CONSTANTINO, Ulises
BORDALÍ SALAMANCA, Andrés
BRAGE CAMAZANO, Joaquín
BREWER-CARÍAS, Allan R.
CABALLERO, José Antonio
CABALLERO GONZÁLEZ, Edgar S.
CABALLERO OCHOA, José Luis
CÁCERES NIETO, Enrique
CADET ODIMBA, Jean

Carbonell, Miguel
Cárdenas Gracia, Jaime
Casarín León, Manlio Fabio
Castañeda, Mireya
Castañon Ramírez, Alejandro
Castellanos Hernández, Eduardo de Jesús
Castellanos Morales, Ethel Nataly
Chacón Corado, Mauro Roderico
Chanut Esperón, Cynthia
Chavarín Castillo, José Manuel
Cienfuegos Salgado, David
Coello Garcés, Clicerio
Collí Ek, Víctor Manuel
Cosimo, Eloisa Denia
Díaz-Aranda, Enrique
Díaz de León Cruz, José
Díaz García, Teresa Paulina
Dienheim Barriguete, Cuauhtémoc Manuel de
Drigo, Caterina
Durán Márquez, Mariana
Elizondo Gasperín, Ma. Macarita
Enríquez Soto, Pedro Antonio
Escalante López, Sonia
Escobar Fornos, Iván
Espíndola Morales, Luis
Estrada Michel, Rafael
Eto Cruz, Gerardo
Fernández Rodríguez, José Julio
Fernández Ruíz, Jorge
Ferrer Mac-Gregor, Eduardo
Figueroa Mejía, Giovanni A.

Fix-Fierro, Héctor

Fix-Zamudio, Héctor

Flores Ávalos, Elvia Lucía

Flores, Rogelio

Folli, G.

Frosini, Justin O.

Galván Rivera, Flavio

García Baeza, Edwin Noé

García Ramírez, Sergio

Gascón Cervantes, Amelia

Giacomette Ferrer, Ana

Gómez Fröde, Carina X.

Gómez Vásquez, Alfredo

Góngora-Mera, Manuel Eduardo

Gonza, Alejandra

González Blanco, Carlos

González Contró, Mónica

González Galván, Jorge Alberto

González Martín, Nuria

González Oropeza, Manuel

González Pérez, Luis Raúl

Gozaíni, Osvaldo A.

Gutiérrez Contreras, Juan Carlos

Gutiérrez Zapata, Iván Carlo

Guzmán, Ángeles

Hernández Chong Cuy, María Amparo

Hernández Valle, Rubén

Hitters, Juan Carlos

Huerta Ochoa, Carla

Iglesias Bárez, Mercedes

Kurczyn Villalobos, Patricia

Landa Arroyo, César
Lara Guadarrama, Mauricio
Lara Ponte, Rodolfo
Lazo Fuentes, X.
López Bofill, Héctor
López Gianopoulos, Set Leonel
López Sáenz, Emanuel
Luna Pla, Issa
Madero Estrada, José Miguel
Madrid Cruz, María Dolores
Manili, Pablo Luis
Martínez Bullé Goyri, Víctor M.
Martínez Ramírez, Fabiola
Martins, Leonardo
Medina Arellano, María de Jesús
Mendoza García, Isidro
Meza Pérez, Jorge
Monter Guerrero, Adriana
Morales Sánchez, Julieta
Nava Escudero, César
Orozco Henríquez, J. Jesús
Ortecho Villena, Víctor Julio
Pardo Rebolledo, Jorge Mario
Paredes Paredes, Felipe
Patrón Becerra, Emily Guadalupe
Pavani, Giorgia
Penagos López, Pedro Esteban
Pennicino, Sara
Pérez Cruz, María Teresa
Pérez Maldonado, Valeriano
Pérez Vázquez, Carlos

Piña Libien, Hiram Raúl

Prieto Godoy, Carlos Alberto

Quiñones Domínguez, Júpiter

Ragone, Sabrina

Rey Anaya, Ángela Margarita

Rey Cantor, Ernesto

Rey, Fernando

Rhodes, Catherine

Rivera Hernández, Juan

Rivera Santiváñez, José Antonio

Rivero Evia, Jorge

Rocha Cacho, Wendy Vanesa

Rodríguez Colín, María del Refugio Elizabeth

Rodríguez Vázquez, Miguel Ángel

Rolla, Giancarlo

Romero Ramos, Julio César

Rosario Rodríguez, Marcos Francisco del

Sagüés, Néstor Pedro

Saíd, Alberto

Salazar Ugarte, Pedro

Salgado, Eréndira

Salgado Pesantes, Hernán

Salvador Crepo, Mayte

Samaniego Santamaría, Luis Gerardo

Sánchez-Castañeda, Alfredo

Sánchez Pérez del Pozo, Ricardo

Santes Magaña, Graciela Rocío

Santos Flores, Israel

Serna de la Garza, José Ma.

Silva Díaz, Ricardo Antonio

Soberanes Fernández, José Luis

Téllez Valdés, Julio

Tron Pëtit, Jean Claude

Uribe Arzate, Enrique

Vallarta Vázquez, María

Vázquez Gómez Bisogno, Francisco

Vázquez-Mellado García, Julio César

Verdín Pérez, Jaime Arturo

Vergottini, Giuseppe de

Vigo, Rodolfo

Villanueva, Ernesto

Zilbeti Pérez, Maider

Zúñiga Mendoza, José Artemio

Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo

A

Abogado(a)

En un sentido general, este término se refiere a toda persona conocedora del derecho o experta en él —tenga o no un título legalmente reconocido—, que realiza funciones de asesoría jurídica y representación en beneficio de otra u otras personas que así lo requieran. La creciente complejidad técnica de los ordenamientos jurídicos contemporáneos exige —con frecuencia por mandato legal— que los ciudadanos que emprendan algún procedimiento ante las autoridades administrativas o jurisdiccionales, o bien se vean obligados a intervenir en él, cuenten con la asesoría y la representación de un abogado titulado. Esto es particularmente cierto en el ámbito penal, en el que el Estado provee de asesoría y representación jurídica a las personas acusadas de algún delito cuando carecen de ella, a través de la actuación de un defensor público o de oficio, o bien a través de la intervención, según diversas modalidades, de un defensor particular.

Como muchas otras instituciones de nuestra tradición jurídica, los principales antecedentes de la abogacía se encuentran en Roma y en el derecho romano. A decir de James A. Brundage (*The Medieval Origins of the Legal Profession. Canonists, Civilians, and Courts*, 2008), los oradores y juristas romanos de los dos últimos siglos de la República crearon los antecedentes más remotos de lo que puede reconocerse como la profesión jurídica actual.

Los procedimientos judiciales —el formulario y su sucesor, conocido como *cognitio*— favorecieron el desarrollo de la profesión jurídica, pues ambos permitían que las partes comparecieran y alegaran su asunto a través de terceros; ello condujo al empleo rutinario de un agente o representante (*cognitor, procurator, defensor*) que tomaba el lugar de la parte representada en el procedimiento litigioso. Si se planteaban cuestiones jurídicas complejas, entonces se solicitaba una opinión escrita a los jurisconsultos (*iurisperiti*), quienes, como conocedores de las leyes y costumbres de la comunidad, podían asesorar, orientar y prevenir a las partes de un litigio. El prestigio de estos juristas se vio incrementado cuando Augusto introdujo el llamado *ius respondendi*, el cual confería el respaldo de la autoridad imperial a las respuestas (*responsa*) que algunos de ellos habían puesto por escrito en relación con las cuestiones suscitadas en litigios privados.

Durante la República y el principado la habilidad esencial de los abogados romanos radicaba en la retórica y en su capacidad de persuasión, por lo que no era imprescindible la formación jurídica; de hecho, algunos de los oradores más renombrados de la época, como Cicerón, carecían de ella. Sin embargo, la creciente complejidad de las cuestiones jurídicas obligó a institucionalizar la enseñanza del derecho. Durante el Imperio, las escuelas de derecho desarrollaron planes de estudios definidos, y el emperador Justiniano fijó la duración de los estudios en cinco años, la que se mantiene todavía en muchas escuelas.

A partir del reinado de Constantino (311-337 d. C.), los abogados pertenecían cada vez más a los colegios o asociaciones profesionales (*collegia*) diseminados por el Imperio. Cada *collegium* estaba vinculado a los tribunales de la localidad o región. A cambio del monopolio en la representación judicial, sus miembros estaban sujetos a la regulación del Estado y eran responsables ante

el tribunal, el cual limitaba el número de abogados matriculados (la *matricula* era un examen de ingreso). Después del 284 d. C., los jurisconsultos y los abogados se convirtieron en funcionarios públicos, y a fines del siglo IV ambas ramas de la profesión jurídica ya estaban fusionadas en la práctica.

En términos económicos, durante la República estaba prohibido el cobro de honorarios por los servicios de los abogados, aunque dicha prohibición era evadida con frecuencia; en todo caso, se suponía que dichos servicios eran compensados con donativos voluntarios y modestos de las partes. Por tanto, no había acción judicial para el cobro de *honoraria* no cubiertos. Aunque esta situación cambió más tarde, se estableció un monto máximo a la cantidad que los abogados podían cobrar legalmente. También se prohibió el llamado "pacto de *cuota litis*", por el cual el abogado tenía derecho a cobrar una parte proporcional de lo obtenido por su cliente en juicio.

La decadencia del Imperio Romano de Occidente a partir del siglo VI llevó a la desaparición prácticamente total de la profesión jurídica de raíz romana. Sin embargo, en los registros de los litigios de los siglos VIII a X que todavía se conservan aparecen ocasionalmente hombres a los que se designa de modos muy variados, como *advocati, causidici, iurisperiti, legis docti, jurisprudentes, notarii* y *iudices*.

Los importantes cambios en la organización social y económica de la sociedad europea medieval que se produjeron a partir del siglo XII requirieron nuevos y más sofisticados instrumentos jurídicos. El Corpus Iuris Civilis, es decir, la compilación de normas y textos jurídicos ordenada por el emperador Justiniano en el siglo VI de nuestra era, ofrecía un cuerpo de derecho que podía ser adaptado a esas necesidades.

El resurgimiento del derecho romano a partir del siglo XII fue esencialmente un fenómeno intelectual y académico, asociado al nacimiento de las primeras universidades. Entre los siglos XII y XIII, el ejercicio profesional y la docencia permanecerían estrechamente ligados; no había una clara distinción entre la figura de los juristas académicos que enseñaban en las universidades y ocasionalmente asesoraban a un cliente, y los juristas prácticos que se dedicaban a brindar asesoría todo el tiempo. Sin embargo, con el desarrollo creciente de los ordenamientos jurídicos hasta la época contemporánea estas funciones se irían especializando paulatinamente y adquiriendo modos de ejercicio particulares, conforme a la tradición jurídica y al ordenamiento nacional de que se tratara.

En la tradición del *common law*, surgida en Inglaterra a partir del siglo XI, los abogados y los jueces conformaron pronto una profesión jurídica fuerte e independiente, en la que los miembros más distinguidos de la abogacía pasaban a formar parte de la judicatura, la cual, a su vez, controlaba la formación y el ejercicio profesional de los propios abogados. La abogacía inglesa ha estado tradicionalmente conformada por dos figuras: el *solicitor*, o asesor jurídico, y el *barrister*, o abogado litigante. Hasta tiempos recientes, en que las diferencias se han ido atenuando, solamente los *barristers* tenían derecho a comparecer ante los tribunales superiores, y únicamente entre los más distinguidos de ellos se hacía el nombramiento de los cargos judiciales. En cambio, en las Estados

Unidos la profesión de abogado (*lawyer, attorney at law*) está unificada, aunque también es tradición que los jueces sean nombrados entre los abogados que se hayan distinguido en el ejercicio profesional.

En la mayoría de los países del mundo, el ejercicio profesional de la abogacía está sometido a un régimen jurídico especial, destinado a garantizar el cumplimiento de ciertas obligaciones profesionales y éticas. Tal régimen prescribe frecuentemente la obtención de una determinada formación a través de los estudios jurídicos; la aprobación de exámenes de ingreso al ejercicio profesional, así como la pertenencia obligatoria a ciertas organizaciones profesionales —conocidas habitualmente como *colegios* o *barras de abogados*—, las cuales tienen, entre otras funciones, las de regular y vigilar el ejercicio profesional, así como de promover la constante capacitación y especialización de sus agremiados.

En México, el ejercicio de la abogacía se encuentra sujeto a las leyes de profesiones que expiden los estados. La regulación de dicho ejercicio es laxo, tanto por lo que se refiere a los estudios jurídicos obligatorios como a los mecanismos de ingreso, supervisión y control del ejercicio profesional. Así, en nuestro país la obtención de un título profesional universitario habilita por sí mismo para la obtención de la llamada *cédula profesional*. El ejercicio profesional de los abogados no está sujeto a colegiación ni certificación obligatorias, y tampoco son efectivas las obligaciones y responsabilidades que prevén las leyes y códigos procesales. Sin embargo, el proceso de reforma de la justicia y la preocupación por el Estado de derecho han promovido el interés por introducir mayores requisitos y controles al ejercicio profesional, particularmente en la materia penal. Así, por ejemplo, conforme a la frac. VIII del apartado B del art. 20 constitucional, reformado en 2008, toda persona imputada por la comisión de un delito tiene "derecho a una *defensa adecuada por abogado*", si bien ni la ley ni la jurisprudencia hasta ahora han definido con precisión cuáles son los alcances y consecuencias de esta determinación.

Héctor Fix-Fierro

Acceso a la justicia

Es un derecho fundamental derivado, primordialmente, del contenido de los arts. 14, 17 y 20, apartados B y C, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Se trata de un concepto que ha atravesado múltiples transformaciones, primordialmente desde el siglo XVIII hasta nuestros días. En pleno auge liberal, el concepto se hallaba limitado al acceso a la jurisdicción, por lo que solo concernía a aquellas personas que se encontraban en un litigio. Se entendía que era un derecho natural y, como tal, no necesitaba ser reglamentado expresamente por el Estado, sino que solo debía impedirse su violación. Para Sánchez Gil, este derecho fundamental consiste en la facultad de los gobernados a recurrir a los órganos jurisdiccionales para obtener de ellos la tutela de sus derechos, y no quedar indefensos ante su violación, a la cual es correlativa la obligación del Estado a realizar determinados actos positivos, tendientes a la protección de los derechos que pretende la persona que acude

a ellos y, en tal virtud, el acceso a la justicia puede clasificarse como un derecho fundamental de prestación. Puede decirse —añade Sánchez Gil— que al derecho de acceso a la justicia es inherente el principio general y abstracto de *no indefensión,* que determinarían la interpretación y aplicación de las normas procesales, de modo que, en máxima medida, las demandas de las personas ante órganos jurisdiccionales sean atendidas y resueltas, pues la falta de atención a ellas podría implicar la firmeza de alguna violación a sus derechos y la imposibilidad de reestablecer el orden jurídico. Por su parte, Américo Robles define al acceso a la justicia como un acceso a las condiciones —sociales, culturales, políticas, económicas y jurídicas— que posibiliten el reconocimiento y ejercicio efectivo de derechos por parte de los ciudadanos, ya sea dentro de las organizaciones jurídicas formales como alternativas de acuerdo con el interés de quien procura acceder.

Prácticamente desde sus orígenes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha emitido pronunciamientos sobre el contenido y alcance de los arts. 8 y 25 de la CADH, pero fue hasta 1999, en el caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú,* cuando se utilizó por primera vez la expresión "acceso a la justicia" (*Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú s*entencia del 30 de mayo de 1999. Fondo, reparaciones y costas, párr. 128). En el caso *Cantos vs. Argentina*, la Corte IDH sostiene que el art. 8.1 de la CADH (toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter) "…consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado art. 8.1 de la Convención" (sentencia del 28 de noviembre de 2002 fondo, reparaciones y costas, párr. 50).

Por su parte, en su voto concurrente, a propósito del caso *Cinco Pensionistas vs. Perú* (sentencia del 28 de febrero de 2003. Fondo, reparaciones y costas), el juez Cançado Trindade sostiene: "…2. De la presente Sentencia de la Corte se desprende el amplio alcance del derecho de acceso a la justicia, en los planos tanto nacional como internacional. Tal derecho no se reduce al acceso formal, *stricto sensu*, a la instancia judicial; el derecho de acceso a la justicia, que se encuentra implícito en diversas disposiciones de la Convención Americana (y de otros tratados de derechos humanos) y que permea el derecho interno de los Estados Partes, significa, *lato sensu*, el derecho a obtener justicia. Dotado de contenido jurídico propio, configúrase como un derecho autónomo a la prestación jurisdiccional, o sea, a la propia *realización* de la justicia". Y Sergio García Ramírez, expresidente de la Corte IDH, en su voto concurrente en el *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (sentencia del 25 de noviembre de 2003. Fondo, reparaciones y costas), afirma con referencia al acceso a la

justicia: "…5. También se ha ocupado nuestro tribunal en el examen y el pronunciamiento sobre hechos que atañen al acceso a la justicia, o dicho de otro modo, a la preservación y observancia de las garantías judiciales y los medios jurisdiccionales de protección de derechos fundamentales. Ese acceso implica tanto la facultad y la posibilidad de acudir ante órganos que imparten justicia en forma independiente, imparcial y competente, formular pretensiones, aportar o requerir pruebas y alegar en procuración de intereses y derechos (justicia formal), como la obtención de una sentencia firme que satisfaga las exigencias materiales de la justicia (justicia material). Sin esto último, aquello resulta estéril: simple apariencia de justicia, instrumento ineficaz que no produce el fin para el que fue concebido. Es preciso, pues, destacar ambas manifestaciones del acceso a la justicia: formal y material, y orientar todas las acciones en forma que resulte posible alcanzar ambas".

Por tanto, coincidimos con Ibáñez Rivas en que la Corte IDH ha destacado que el art. 8 de la CADH consagra el derecho de acceso a la justicia, el cual, entendido por la propia Corte como una norma imperativa de derecho internacional, supone el derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial, dentro de un plazo razonable, de manera que no se agota ante el hecho de que se tramiten los respectivos procesos internos, sino que exige que los Estados garanticen que tales procesos aseguren, en un tiempo razonable, la satisfacción de los derechos que tienen las partes en el mismo.

Finalmente, al precisar las etapas del derecho de acceso a la justicia, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia dictó la siguiente tesis aprobada por unanimidad: "Derecho de acceso a la justicia. Sus etapas. De los arts. 14, 17 y 20, apartados B y C, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, deriva el derecho de acceso efectivo a la justicia, el cual comprende, en adición a determinados factores socioeconómicos y políticos, el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva y los mecanismos de tutela no jurisdiccional que también deben ser efectivos y estar fundamentados constitucional y legalmente. Ahora bien, como se señaló en la jurisprudencia 1a./J. 42/2007, de rubro: 'Garantía a la tutela jurisdiccional prevista en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sus alcances', esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación definió el acceso a la tutela jurisdiccional como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que, a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión; de ahí que este derecho comprenda tres etapas, a las que corresponden tres derechos: (i) una previa al juicio, a la que le corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción, que parte del derecho de acción como una especie del de petición dirigido a las autoridades jurisdiccionales y que motiva un pronunciamiento por su parte; (ii) una judicial, que va desde el inicio del procedimiento hasta la última actuación y a la que corresponden las garantías del debido proceso; y, (iii) una posterior al juicio, identificada con la eficacia de las resoluciones emitidas. Los derechos antes mencionados alcan-

zan no solamente a los procedimientos ventilados ante jueces y tribunales del Poder Judicial, sino también a todos aquellos seguidos ante autoridades que, al pronunciarse sobre la determinación de derechos y obligaciones, realicen funciones materialmente jurisdiccionales.

Primera Sala. Amparo en revisión 352/2012. 10 de octubre de 2012. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Mario Gerardo Avante Juárez".

Para concluir, es posible concebir el acceso a la justicia como el acceso a las condiciones que posibilitan el acceso a la jurisdicción, y que garantizan tanto el debido proceso como la eficacia de las resoluciones emitidas por todas las autoridades.

Carlos Pérez Vázquez

Acción

Estamos frente a uno de los temas más tratados (¿y maltratados?) en la ciencia procesal; en efecto, intentar explicar la naturaleza de la acción procesal —y en cierta forma su evolución— ha hecho correr mares de tinta en continentes de papel. Eduardo Pallares sostuvo que por este asunto se produjo su visión pesimista acerca de la ciencia procesal. En verdad que su fino razonamiento era fruto no solo de la pasión, sino también de una inteligencia práctica.

Concepto. Se puede entender la acción procesal como una potestad jurídica de un sujeto de derecho, ya sea persona física o moral, pública, privada o del derecho social, en virtud de la cual se provoca la función jurisdiccional, ya sea como parte atacante o como parte atacada, durante todo el proceso, e incluso en las vías impugnativas o de ejecución.

Como se observa, el concepto es tan general que abarca diversas posibilidades procesales en el instar o accionar, que son muy variadas. Del concepto podemos destacar varias notas:

a) Es una potestad jurídica en favor de un sujeto de derecho.

b) Pertenece a personas físicas o morales, de derecho público (pues hay instituciones gubernamentales como el ministerio público, el Ejecutivo local o federal, o las cámaras legislativas que accionan), de derecho privado o de derecho social (como un sindicato).

c) Cada vez que se insta se provoca la función jurisdiccional a lo largo del proceso, y no solo en los actos iniciales, como al presentar una demanda civil o al realizar una consignación penal.

d) La acción pertenece a ambas partes en el proceso, tanto a la atacante como a la atacada, pues en el fondo se ejercita el mismo derecho: provocar la función jurisdiccional para la solución de un caso o serie de casos concretos.

Naturaleza jurídica. Esta potestad puede ser analizada desde muchos y variados puntos de vista. Se dice que es el derecho de petición consagrado en la Constitución, o el derecho (también constitucional) a la impartición de justicia completa e imparcial que respete el debido proceso legal, o es un derecho público subjetivo, o se expone como una instancia que requiere un derecho material para su ejercicio y así obtener una tutela concreta. Por nuestra

parte, la consideramos una potestad jurídica tan amplia como lo hemos postulado, relacionada, pero no subordinada a un derecho de fondo. La acción se debe sustentar, pero a veces se insta, a pesar de que su soporte sea un derecho harto discutible, interpretable o no lo suficientemente probado en un proceso.

Algún procesalista émulo de Galileo podría decir: "Y sin embargo, la acción mueve al proceso, con y sin derecho, pues para eso están los tribunales, para dictar sentencias y pronunciarse, allí donde hay confusión de hechos o derechos. Esto es tan real como que la Tierra gira en torno al Sol". Esta afirmación no es una invitación a litigantes temerarios de derecho público, de derecho privado o de derecho social para que "sin ton ni son" inicien procesos, sino solo es un recordatorio del movimiento de las acciones y de los procesos en el ejercicio cotidiano de la vida forense.

Al menos en Occidente, a Celso correspondió el honor de formular la clásica definición de acción, que después fue recogida en el Digesto de Justiniano. El primero dijo que no era otra cosa sino la facultad de perseguir en juicio aquello que nos es debido. Después los glosadores medievales apostillaron que también por la acción se podía perseguir en juicio lo que nos es propio. En esta concepción se subordina el derecho de acudir a juicio a la existencia de un derecho material (real o personal) conculcado o violentado.

El tiempo nos ha demostrado que se puede acudir a un juicio con derechos debatibles y, en el peor de los casos, sin derecho de fondo, pues uno es el derecho autónomo de acudir a proceso, y otro asunto, probar o dejar claro que se tiene derecho a solicitarlo. Cuando la sentencia no es favorable a la pretensión, se desestima judicialmente a ella y no a la acción que se ha ejercitado.

Dos pandectistas alemanes perfilan la autonomía de la acción procesal en la segunda mitad del siglo XIX; Windscheid y Muther, en una polémica (1856-1857) que quedó por escrito y se ha traducido al castellano, cuya lectura es indispensable para el estudioso que no se conforme con interpretaciones ajenas que además no han sido unívocas.

Entre las teorías publicistas sobre la naturaleza de la acción, Ferrer Mac-Gregor presenta dos grandes corrientes:

a) Teoría de la acción como derecho, poder, facultad o posibilidad, de carácter abstracto, dirigida contra, frente o hacia el Estado, para provocar la actividad jurisdiccional, con independencia del resultado de la sentencia, y

b) Teoría de la acción como derecho, poder, facultad o posibilidad, de carácter concreto, dirigida contra, frente o hacia el Estado, o del adversario o ambos, con objeto de obtener una tutela jurisdiccional con una sentencia favorable.

Alberto Saíd

Acción de amparo

Tratar de definir la expresión no es tarea sencilla. Los vocablos "acción" y "amparo", por separado, han sido muy debatidos. Contestar cada una de estas preguntas: ¿qué es la acción? y ¿qué es el amparo?, ha sido, y es, labor ardua, pero mucho más lo es contestar: ¿qué es la acción de amparo?

El término "acción" da por su propia ingenuidad etimológica la idea de movimiento, de un hacer. "Amparo" es vocablo aspiracional, pues quien lo busca está en pos de abrigo y protección.

En el campo jurídico procesal, la acción es instar, es pedir, y amparar es resguardar, proteger.

De manera elemental se puede decir que es una instancia de eficacia, remedio, abrigo, y seguridad; con una nota: el amparo es urgente, a veces históricamente su otorgamiento ha significado la vida o muerte de un ser humano.

La instancia o solicitud jurídica a un "gobernante" a una "autoridad", a un "señor justicia" es muy antigua en varias culturas jurídicas. No debe confundirse con una gracia dada a discreción por el "soberano" otorgante. La acción de amparo no busca perdones, remisiones, indultos, amnistías ni indulgencias. Su aspiración moderna es la efectiva tutela de derechos fundamentales elevados, los llamados "derechos humanos", cuya titularidad también ha sido difícil de precisar.

"Persona física", "persona jurídica colectiva", "gobernados", titulares de intereses colectivos o difusos, son vocablos que están en permanente cuestionamiento, por la doctrina, por los legisladores, por los juzgadores, o por otras "autoridades", como el *ombudsman*, para otorgar la titularidad de los derechos humanos.

México es un lugar donde la figura del amparo moderno ha tenido una postura señera, con antecedentes más o menos claros y estudiados, pero en nuestros días, como puede verse en la obra coordinada por Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *El derecho de amparo en el mundo*, la acción de amparo tiene manifestaciones amplias y muy complejas.

México cuenta con una legislación reciente (2013) en la materia, conocida como la nueva Ley de Amparo. Varios son los estudiosos actualizados: Fix-Zamudio, Ferrer Mac-Gregor, García Morelos, y ministros de la Suprema Corte se ocupan de explicarla.

En torno a la acción de amparo, Ferrer Mac-Gregor llama la atención en estos puntos:

— Entidades públicas quejosas (supuesto general, interés legítimo).

— Tercero interesado (concepto y naturaleza y víctima del delito, ministerio público federal, indiciado o procesado).

— Amparo penal.

— Amparo indirecto.

Hemos de tomar en cuenta para todos los aspectos de los alcances del término acción de amparo: la reforma del 6 de junio de 2013 a la Constitución, y diversos quehaceres jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Al momento de escribir estas letras están pendientes varias resoluciones de gran fuste en nuestra materia.

Tal vez se pueda entender a la acción de amparo como una garantía; esto es, un mecanismo de protección procesal de los derechos humanos de los distintos "centros ideales" de titularidad jurídica; como una instancia, necesariamente de pronta resolución, con buenos mecanismos de protección

anticipada, pues se busca la efectiva protección de quien ostenta un "poder" capaz de mutar un "estado jurídico" del agraviado.

Cierro con estas notas recordando al *Diccionario de Autoridades* (1726).

Amparar: favorecer, ayudar, tomar debajo de su protección a alguien desvalido o necesitado.

Ampararse: defenderse, buscar y tomar protección, valerse del patrocinio o amparo, o de alguna cosa para su resguardo o defensa.

Cualquier definición de la acción de amparo, más que técnica o académica, debe ser *humanista*, por ser garantía de derechos supremos, derechos humanos, y aspiracional.

Alberto Saíd

Acción de inconstitucionalidad

El origen de la acción de inconstitucionalidad puede remontarse, como precedentes remotos, a la *actio popularis* de Colombia (1850) y Venezuela (1858) y, ya como verdadero nacimiento, a la "solicitud" *(Antrag)* prevista en la Constitución austriaca de 1920 (art. 140), por influjo de Hans Kelsen, y a modo de "racionalización" del sistema americano difuso de control de la constitucionalidad, no pudiendo desconocerse tampoco la previsión, de nula eficacia posterior; sin embargo, de dicho instituto unos meses antes en la Constitución de Checoslovaquia. Desde entonces, el instituto se ha extendido por medio mundo, y podemos decir que se ha generalizado de manera especial en Europa y América Latina.

La acción de inconstitucionalidad es aquel mecanismo o instrumento procesal-constitucional por medio del cual determinadas personas, órganos o fracciones de órganos, cumpliendo los requisitos procesales legalmente establecidos (siempre que sean conformes con la Constitución), pueden plantear, de forma directa y principal, ante el órgano judicial de la constitucionalidad de que se trate, si una determinada norma jurídica (y especialmente, las leyes parlamentarias) es o no conforme con la Constitución, dando lugar normalmente, tras la oportuna tramitación procedimental con las debidas garantías, a una sentencia, en la que dicho órgano de la constitucionalidad se pronuncia en abstracto y con efectos generales sobre si la norma impugnada es o no compatible con la norma fundamental y, en la hipótesis de que no lo fuera, declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de dicha norma, si bien existe la posibilidad de que el órgano de la constitucionalidad dicte alguna de las "sentencias intermedias" o modalidades atípicas de sentencias. En el caso de que el control de constitucionalidad sea preventivo, lo que se somete a enjuiciamiento del órgano de la constitucionalidad es un proyecto de norma o el tratado internacional antes de ser firmado por el Estado y el efecto de su declaración de inconstitucionalidad es la imposibilidad jurídica de aprobar esa norma o ser parte en el tratado internacional, al menos sin hacer las oportunas reservas que eviten aplicar las disposiciones inconstitucionales (cuando ello fuera posible).

En esta definición están ya los ingredientes fundamentales propios de toda acción de inconstitucionalidad: su naturaleza (acción procesal-constitucional

de control normativo abstracto de la constitucionalidad, junto a la que pueden existir otras modalidades de acciones procesal-constitucionales), la legitimación activa para ejercitarla, su posible objeto, su parámetro (la Constitución), su procedimiento y sus efectos. Muchos aspectos de los mencionados admiten variantes, de lo que resulta la posibilidad de tantas regulaciones específicas de la acción de inconstitucionalidad como ordenamientos constitucionales que la prevean, al menos.

A partir de la anterior definición, es posible también derivar los rasgos principales de la acción de inconstitucionalidad como instituto genérico de control de la constitucionalidad:

1. Se trata de un mecanismo procesal; esto es, de un instrumento no de derecho sustantivo, sino procesal. En concreto, es un instrumento por medio del cual se da lugar al inicio de una actividad jurisdiccional para resolver una controversia de rango constitucional.

2. Se trata de un mecanismo de rango constitucional; esto es, derivado de la Constitución. Por ello, si no hay Constitución o, habiéndola, no exige, expresa o siquiera tácitamente, la existencia de la acción procesal en cuestión, ésta no es, en rigor, una verdadera acción de inconstitucionalidad, pues su existencia no depende de la norma constitucional, sino de la voluntad del legislador ordinario; es decir, del sujeto pasivo del control solicitado a través de la acción de inconstitucionalidad. Un mecanismo de control cuya misma existencia y modo de operar depende de aquel a quien se va a controlar no puede considerarse seriamente tal mecanismo de control.

3. La legitimación activa para plantear la acción, para ejercitarla, puede corresponder a todas las personas (acción popular), a cualquier persona que sea nacional del país (acción cuasipopular), a múltiples y variados círculos determinados de personas y/o a órganos, o incluso a fragmentos de órganos políticos previstos en mayor o menor medida por la Constitución (especialmente fracciones parlamentarias minoritarias). En principio, al menos en Europa y ya desde Kelsen, lo normal es que la legitimación se otorgue solo a determinados órganos políticos o fracciones de los mismos (sistema de la *Organklage* o legitimación orgánica), pero en Latinoamérica hay varios supuestos de legitimación popular o cuasipopular o a favor de órganos no estrictamente políticos, como colegios de abogados (sociedad civil). Un significativo paradigma sobre la evolución en esta materia es este: 1. La legitimación territorial (Italia, Austria originariamente); 2. La legitimación territorial y de las minorías parlamentarias (Alemania); 3. La legitimación anterior y además la del Defensor del Pueblo como teórica legitimación popular "filtrada" (España); 4. Acción popular (varios países latinoamericanos, Baviera, Hungría).

4. La legitimación pasiva se refiere a los órganos que aprobaron y, en su caso, promulgaron la norma impugnada. La legitimación pasiva se otorga a esos órganos y no a las (variables) personas que los integran en un momento dado.

5. Salvo en los casos de terminación anticipada del proceso, la acción de inconstitucionalidad da lugar, tras la tramitación procesal oportuna, a un pronunciamiento del órgano de la constitucionalidad, en concreto una sentencia,

en la que se expresará si el tribunal considera que la norma legal impugnada es o no conforme a la Constitución.

6. El juicio llevado a cabo por el tribunal de la constitucionalidad (sea un tribunal constitucional, sea una sala de lo constitucional, sea una corte suprema) es: a) un juicio normativo; esto es, un contraste entre dos normas, una de las cuales es la Constitución y otra ha de ser una norma jurídica infraconstitucional (especialmente leyes formales o parlamentarias o con el rango y fuerza de éstas), y b) un juicio abstracto a la ley *on its face*; esto es, un juicio al margen de todo caso concreto, caso concreto que puede existir o no, pero que no condiciona el enjuiciamiento de la constitucionalidad ni la valoración de ésta.

7. Si el órgano de la constitucionalidad declara inconstitucional la norma jurídica enjuiciada, ello conllevará la nulidad de dicha norma con efectos generales, *erga omnes*, algo casi intrínseco al juicio abstracto en que se basa. Esta nulidad puede configurarse con efectos temporales solo para el futuro, a partir del momento en que se publica la declaración judicial de inconstitucionalidad (*nulidad ex nunc,* o anulabilidad); también puede desplegar efectos para el pasado, además de hacia el futuro (*eficacia ex tunc* de la declaración de inconstitucionalidad o nulidad retroactiva, que conoce siempre ciertos límites, en particular en materia penal); o también puede ser una nulidad diferida (a un momento ulterior a la declaración de inconstitucionalidad), que solo surta sus efectos a partir de un determinado momento o *dies a quo* posterior al momento en que se declara la inconstitucionalidad (*eficacia diferida o pro futuro* de la declaración de inconstitucionalidad), pudiendo combinarse estos tipos de nulidad de varias maneras en un mismo sistema constitucional, por vía legal o simplemente jurisprudencial.

Por lo demás, aunque en principio el pronunciamiento del órgano de la constitucionalidad solo puede ser estimatorio de la inconstitucionalidad (con la consiguiente nulidad de la norma) o desestimatorio (con el efecto de la convalidación o reafirmación judicial de la constitucionalidad de la norma, que simplemente podrá permanecer vigente), lo cierto es que la experiencia de algunos de los sistemas más evolucionados de control de la constitucionalidad nos muestra que existe la posibilidad de otros muchos pronunciamientos "intermedios", casi siempre de creación jurisprudencial a falta de una regulación legal o constitucional expresa (de ahí que también se les conozca como pronunciamientos atípicos de constitucionalidad).

8. El objeto de la acción de inconstitucionalidad es la norma impugnada. Lo propio de esta acción es que a través de ello se impugnan las leyes parlamentarias y las leyes que tengan fuerza de ley, así como las reformas constitucionales y los tratados internacionales. Pero nada excluye que, además, se puedan impugnar otras normas, en especial las de rango inferior a la ley parlamentaria, aunque lo idóneo es que estas sean controladas, en cuanto a su constitucionalidad y también a su legalidad, por los tribunales contencioso-administrativos o similares; pero, especialmente en América Latina, no siempre existe esa jurisdicción contencioso administrativa especializada, por lo que puede llegar a ser aconsejable, en ocasiones, que a través de la acción de inconstitucionalidad se puedan impugnar todas las normas infralegales.

9. El control de constitucionalidad ejercido a través de la acción de inconstitucionalidad es, por lo general, un control represivo o *a posteriori*, pero hay países donde la regla general es que sea un control preventivo o *a priori* (Francia y Chile, especialmente), y en otros muchos se prevén determinados supuestos más o menos excepcionales en que el control ejercido a través de la acción de inconstitucionalidad es uno previo y no *a posteriori*. Pues bien, en las hipótesis de control preventivo de la constitucionalidad de una norma jurídica lo que se sometería a control no sería la norma ya vigente, sino un proyecto de norma jurídica, bien que en su redacción ya "definitiva" (en tanto no sea declarada inconstitucional, al menos) o, en el caso de los tratados internacionales, la norma jurídica internacional antes de ser ratificada por el Estado; y el efecto de una eventual declaración de inconstitucionalidad es la imposibilidad de proceder a la aprobación final y definitiva de esa norma o de celebrar el tratado internacional.

Joaquín Brage Camazano

Acción de inconstitucionalidad (demanda)

El escrito de demanda, en la acción federal de inconstitucionalidad, debe identificar expresamente al sujeto o sujetos legitimados —nombres de los integrantes de la minoría legislativa impugnadora, en su caso—, la norma legal o convencional materia de la impugnación, el medio oficial donde se publicó, los preceptos constitucionales o convencionales que se estiman violados y los conceptos de invalidez.

De acuerdo con los arts. 22 y 23 de la Ley Reglamentaria de las fracs. I y II del art. 105 Constitucional (en adelante, LR105), se entiende que el inicio de la acción de inconstitucionalidad se verifica con la presentación de la demanda por escrito, lo cual configura el principio de escritura como rasgo común de los procesos constitucionales, además de que debe contener una fundamentación suficiente y congruente con la inconstitucionalidad y/o inconvencionalidad de la norma que se combate.

Los requisitos que debe contener la demanda en la acción de inconstitucionalidad, de conformidad con el art. 61 LR105 son los siguientes:

— Nombres y firmas de los promoventes; en este caso, establece el art. 62 LR105, cuando se trate de las fracs. a), b), d) y e) del art. 105, frac. II, CPEUM (minorías congresistas) se requiere que el escrito de demanda en que se ejercite la acción esté firmado por cuando menos el 33% de los integrantes del correspondiente órgano legislativo, y en este caso la minoría congresista impugnadora debe designar como representantes comunes a cuando menos dos de sus integrantes, y estos a su vez pueden acreditar delegados para diversas actuaciones durante el procedimiento.

— El segundo requisito es la mención de los órganos legislativos y ejecutivos que hubieran emitido y promulgado —respectivamente— las normas generales impugnadas; en cuanto a los órganos legislativos emisores se refiere, según sea el caso, al Congreso de la Unión, a la Cámara de Senadores y a la Cámara de Diputados (leyes federales y leyes del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión) y a las congresos estatales (leyes estatales).

En cuanto a los ejecutivos promulgadores serán el Ejecutivo Federal (leyes federales) y los gobernadores de estados (leyes estatales).

— Como tercer requisito, la demanda tiene que señalar la norma general cuya invalidez se reclame y el medio oficial en que se hubiera publicado; es decir, mención expresa de la ley, norma o tratado impugnado, así como el medio de publicación oficial (*Diario Oficial de la Federación* o bien diario o periódico estatal).

— El cuarto requisito consiste en señalar los preceptos constitucionales y/o convencionales que se estimen violados, y

— El quinto y último son los conceptos de invalidez; es decir, los razonamientos lógico-jurídicos por los cuales se estima que la ley o tratado impugnado no se ajustan a lo establecido por la Constitución federal, y por lo cual se pretende su declaración de invalidez, deben ser suficientes, acordes y congruentes con la declaración de inconstitucionalidad solicitada en relación con los preceptos constitucionales y/o convencionales que se estiman vulnerados.

En síntesis, podemos concluir que los requisitos de la demanda que exige la LR105 son elementos imprescindibles para que la SCJN pueda desplegar su actividad como tribunal constitucional. En términos ordinarios se traducen en: quién está impugnando la norma, de qué norma o tratado internacional se trata, dónde se publicó —medio oficial—, artículos de la Constitución federal o de un tratado internacional presuntamente violentados, y, finalmente, por qué los violenta —conceptos de invalidez—.

Iván Carlo Gutiérrez Zapata

Acción de inconstitucionalidad (instrucción)

Estudiar la "instrucción" de la acción federal de inconstitucionalidad implica redactar líneas que permitan apreciar en su contenido no solo un conjunto de pasos ordenados por el legislador para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como las partes implicadas en el proceso abstracto, puedan obtener el resultado esperado, el cual regularmente es la sentencia. Sin embargo, sabemos que ello puede no ser así, ya que el proceso en ocasiones concluye con una decisión que determina el sobreseimiento o bien con un acuerdo en el que se determina la improcedencia de la acción ejercitada, y por tanto se desecha.

En particular, la acción abstracta federal de inconstitucionalidad establecida en la frac. II del art. 105 de la Constitución federal y el estudio de la "instrucción" de este proceso constitucional implica el análisis pormenorizado del título III de la Ley Reglamentaria de las Fracs. I y II del Art. 105 Constitucional (en adelante, LR 105), denominado "De las acciones de inconstitucionalidad", es decir, de la parte normativa de la ley procesal que regula ese conjunto de pasos concretos que el propio legislador estructuró.

Además, hay que mencionar que la SCJN actúa como impulsora del proceso abstracto y tribunal de instrucción oficioso, aun en aquellos casos en que no se encuentre presente el ministro presidente o el instructor.

El procesalista Piero Calamandrei (1960), para expresar lo que implica un proceso, dice que se trata de "Las reglas del derecho procesal, mirándolas contra la luz, no son en su esencia otra cosa más que máximas de lógica, de buen sentido y de habilidad técnica, traducidas en reglas obligatorias; en el fondo (…) no existe mucha diferencia, bajo el aspecto lógico, entre los códigos de procedimientos civiles o penales que enseñan cómo se debe proceder para obtener justicia, y ciertos manuales de técnica elemental que enseñan el procedimiento (también la palabra es la misma) de cualquier arte o de cualquier oficio, y que se intitulan, por ejemplo, —Cómo cultivar rosas—, —Cómo llegar a ser fotógrafo— o —Cómo se puede llegar a ser pescador submarino—".

Lo mismo acontece con las reglas que establecen el desenvolvimiento de los procesos constitucionales, ya que en efecto no son otra cosa más que máximas de lógica, de buen sentido y de habilidad técnica.

Tal como podrá percibirse, el diseño legislativo en la arquitectura del proceso reglamentario de las acciones de inconstitucionalidad establecido en la LR105 implica como presupuestos mínimos el estudio del plazo para la presentación de la demanda; los requisitos de la misma y los efectos de su admisión; las causales de improcedencia y sobreseimiento; los alegatos; la acumulación y la conexidad; la sentencia y finalmente los recursos —reclamación y queja—.

Iván Carlo Gutiérrez Zapata

Acción de inconstitucionalidad (legitimación de los organismos protectores de derechos humanos)

En cuanto a la legitimación activa en la acción federal de inconstitucionalidad del "*ombudsman* mexicano", al respecto es necesario precisar que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, las comisiones protectoras de derechos humanos de los Estados y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, encuentran asidero constitucional en el art. 102, apartado B, de la Constitución federal, así como en las diferentes Constituciones de cada uno de los estados integrantes de la Federación y en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal.

No fue sino hasta el 14 de septiembre de 2006 cuando se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la adición a la frac. II del art. 105 constitucional, del inciso "g)", el cual estableció la legitimación activa de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para ejercitar la acción de inconstitucionalidad en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales que vulneren los derechos humanos establecidos en la Constitución; además, preceptuó que los organismos estatales correspondientes —incluida la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal— podrían ejercitar la acción contra leyes expedidas por sus congresos o, en su caso, leyes expedidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal que presuntamente lesionen dichos derechos, únicamente contra ese tipo de leyes; es decir, que atenten contra los derechos humanos establecidos en la

Constitución federal y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Es necesario precisar que con motivo de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos de 2011, el inciso "g)" de la frac. II, del art. 105 de la Constitución federal fue modificado, ampliando básicamente el parámetro de control, en los casos en que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sea el órgano que ejercita la acción.

El texto actual del inciso g) establece:

"Art. 105.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

(…)

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

(…)

g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

(…)".

Ahora bien, diseccionando el multicitado inciso g, tenemos que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH):

—Puede ejercitar la acción de inconstitucionalidad contra leyes federales, leyes estatales, leyes del Distrito Federal y tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución federal y en los tratados internacionales de los que México sea parte.

Por tanto, la CNDH, al igual que el procurador general de la República, puede impugnar leyes federales, leyes estatales, así como tratados internacionales, con una diferencia radical: la impugnación de la citada Comisión Nacional será procedente siempre y cuando las leyes o tratados cuestionados vulneren los derechos humanos establecidos en la Constitución federal y en los tratados internacionales de los que México sea parte; es decir, existe una limitación de carácter material impuesta por el legislador, a diferencia del procurador, que no se encuentra constreñido a que el objeto de control que en un momento dado decida impugnar verse o no sobre derechos humanos, toda vez que de acuerdo con el texto constitucional se encuentra habilitado para impugnar todo tipo de ley o tratado internacional sin importar la materia que regule.

Otro aspecto que llama la atención en la legitimación del *ombudsman* nacional, que se desprende de la reforma constitucional de junio de 2011, consiste en que a diferencia de los demás legitimados, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos es el único órgano habilitado —por disposición expresa del inciso g, frac. II, art. 105 constitucional—, para esgrimir en el escrito de demanda tanto preceptos constitucionales como convencionales presuntamente violentados —en materia de derechos humanos—. La literalidad del inciso g) así lo establece:

"g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos *consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte*.(…)".

Por tanto, si el inciso g, frac. II, del art. 105 de la Constitución federal, dota a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para que esgrima vicios de inconstitucionalidad, así como de inconvencionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación debe resolver el asunto no solo a la luz de la Constitución federal, sino también debe emplear como parámetro de control constitucional, por lo menos los tratados internacionales que la citada Comisión haya invocado en su demanda. Así lo evidencia la tesis jurisprudencial P./J. 31/2011, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, tomo XXXIV, agosto 2011, pág. 870, que establece:

"Acción de inconstitucionalidad promovida por un organismo de protección de los derechos humanos. En la demanda respectiva pueden plantearse violaciones al principio de legalidad y, por ende, la inconstitucionalidad indirecta de una ley por contravenir lo establecido en un tratado internacional sobre derechos humanos (legislación vigente hasta el 10 de junio de 2011)".

Con relación a las comisiones de derechos humanos estatales y del Distrito Federal, el legislador constitucional, en la reforma al inciso g, frac. II, art. 105 CPEUM, en 1996 estableció una doble limitación para ejercitar la acción abstracta a las comisiones estatales:

1) Que se trate solo de normas emanadas del congreso legislativo de la entidad federativa a la cual pertenecen; por ejemplo, el *ombudsman* del estado de Yucatán solo podrá ejercitar acciones en contra de productos normativos emanados del congreso yucateco, y

2) que esas normas vulneren derechos humanos.

Iván Carlo Gutiérrez Zapata

Acción de inconstitucionalidad (legitimación de los órganos legislativos)

La reforma constitucional de 1994 otorgó legitimación procesal activa al equivalente al 33% de los integrantes de la Cámara de Diputados y el mismo porcentaje tratándose de los integrantes de la Cámara de Senadores, de los órganos legislativos estatales, así como de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal.

Tal porcentaje nos parece muy elevado. En ese sentido, el legislador, o bien no se percató de que esa proporción en lugar de beneficiarlo lo perjudica o, por el contrario, lo hizo deliberadamente, prefiriendo de esta manera evitar la posibilidad de poder controlar jurisdiccionalmente mediante la vía abstracta su labor, sobre todo en los casos en que su creación normativa puede transgredir la supremacía constitucional. Desde nuestro punto de vista, precisamente el mayor problema que enfrentan los órganos legislativos es la mayoría reforzada que el poder de reforma estableció en la Constitución federal para ejercitar la acción de inconstitucionalidad. Destacamos que nos parece que el equivalente al 33% de los integrantes de cualquiera de los órganos legislativos necesario para ejercitar una acción de inconstitucionalidad es excesivo, además de estar incurso en un ámbito carente de razonabilidad normativa.

Al respecto, se cuestiona cuál debería ser el porcentaje idóneo para ejercitarlas; cuando se ha presentado la oportunidad de responder a tal interrogante nuestra respuesta inequívoca es que desconocemos el porcentaje exacto, pero sí afirmamos que debería ser menor.

Una de las diferencias importantes en la legitimación conferida a los distintos órganos legislativos reside en el objeto de control que cada uno de ellos puede cuestionar ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En ese sentido, resulta ilustrativo el siguiente cuadro:

Órgano legislativo	*Objeto de control*
El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados.	Leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión.
El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Senadores.	Leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano.
El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales.	Leyes expedidas por el propio órgano.
El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal.	Leyes expedidas por la propia Asamblea.

Iván Carlo Gutiérrez Zapata

Acción de inconstitucionalidad (legitimación de los partidos políticos)

Una innovación además de un acierto del legislador mexicano, tras la reforma en 1996 al art. 105, frac. II de la Constitución federal, consistió en que estableciera la legitimación de los partidos políticos para ejercitar la acción de inconstitucionalidad específicamente contra leyes electorales.

Lo que a primera vista pudiera considerarse como una "legitimación más" en lo referente al control abstracto de constitucionalidad de las leyes es en realidad una importantísima atribución que se les otorgó a los partidos políticos en el derecho mexicano.

De esta manera, un partido minoritario podrá ejercitar la acción ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación con el único requisito de que posea el correspondiente registro ante el Instituto Federal Electoral o ante el instituto estatal correspondiente, toda vez que el legislador estableció como único requisito para su procedencia el "registro" al que nos referimos.

Se trata de una legitimación limitativa, en el sentido de que los partidos políticos únicamente pueden combatir leyes en materia electoral y cumulativa en el sentido de que el resto de los entes legitimados también pueden hacerlo contra el mismo tipo de normas.

Resulta apropiado aclarar lo anterior atendiendo a que en forma previa a la reforma citada, el art. 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecía expresamente la imposibilidad de ejercitar la acción contra leyes en materia electoral.

Con ello, no existía en México (hasta 1996) la posibilidad de cuestionar la presunta inconstitucionalidad de leyes electorales, situación anómala en un sistema democrático con medios de control constitucional. Desde una óptica "material", este tipo de leyes son las normas que establecen las reglas propias de la democracia en un país; entendamos por ello, desde los requisitos de creación de un partido político, pasando por financiamiento público y privado, hasta coaliciones, fusión, distritación, redistritación de demarcaciones electorales, etcétera.

Las consideraciones anteriores fueron ratificadas por la SCJN en su tesis jurisprudencial P.J. 27/99, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, tomo IX, abril 1999, p. 253, cuyo rubro señala: "Acción de inconstitucionalidad. Los partidos políticos no son los únicos que pueden combatir en esta vía leyes electorales".

Si bien la nueva legitimación que se estableció fue *cumulativa* en cuanto que a los demás sujetos habilitados previamente para ejercitar acciones contra normas que regularan otras materias, ahora lo podrían hacer también contra leyes electorales; ello se refleja en el criterio jurisprudencial 9/2007, publicado en el *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, tomo XXV, mayo 2007, p. 1489, cuyo rubro establece: "Acción de inconstitucionalidad en materia electoral. Están legitimados para promoverla, además de los partidos políticos, los entes mencionados en la frac. II del art. 105 constitucional".

Reiteramos que la reforma fue *limitativa* en cuanto a que los partidos políticos únicamente pueden ejercitar la acción contra leyes electorales (federales o locales) dependiendo del registro con el que cuenten, pero nunca podrán hacerlo contra otro tipo de ley que no sea electoral.

Lo anterior es materia de debate, toda vez que los partidos políticos no solo están interesados en la materia electoral, sino en la totalidad del entorno normativo. Basta con analizar las propuestas que la propaganda electoral arroja en época de elecciones; nos parece que deberían poder reprochar cualquier tipo de norma sin importar su materia.

Por último, es necesario precisar que el legislador diferenció la posibilidad de impugnar leyes electorales federales y leyes electorales estatales, dependiendo del tipo de registro con el que cuente cada partido político.

Iván Carlo Gutiérrez Zapata

Acción de inconstitucionalidad (legitimación del procurador general de la República)

Quien tiene la legitimación más amplía para ejercitar la acción de inconstitucionalidad es el procurador general de la República. Así lo establece el art. 105, frac. II, inciso c), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

"Art. 105.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

(…)

II.- De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

(…)

c).- El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

(…)".

El precepto transcrito no solo faculta al procurador para ejercitar acciones de inconstitucionalidad, sino que, a semejanza de los demás incisos de la frac. II del art. 105 de la Constitución federal, también establece los objetos normativos susceptibles de control contra los cuales puede enderezarla.

El procurador general de la República es el ente con la legitimación más amplia en el ordenamiento constitucional mexicano; tiene la facultad de ejercitar la acción de inconstitucionalidad contra todas las normas objeto de control —leyes federales, leyes estatales y tratados internacionales en cualquier materia—, situación que no gozan los demás órganos legitimados.

Iván Carlo Gutiérrez Zapata

Acción de inconstitucionalidad (partes)

Las partes en la acción de inconstitucionalidad son:

a) El actor, que puede ser —o *pueden* ser cuando una acción se "acumula"—:

— La minoría congresista equivalente al 33% de los integrantes de los órganos legislativos (Cámara de Senadores, Cámara de Diputados, órganos legislativos estatales, Asamblea de Representantes del Distrito Federal).

— El procurador general de la República.

— Los partidos políticos.

— La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

b) El demandado, que serán:

— El órgano legislativo emisor de la norma impugnada.

— El órgano ejecutivo promulgador de la norma impugnada.

c) El procurador general de la República, que emite su opinión o pedimento en aquellas acciones de inconstitucionalidad donde no es el actor.

d) El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en los casos en que el ministro instructor solicite su opinión con respecto a acciones de inconstitucionalidad en materia electoral, y

e) La Suprema Corte de Justicia de la Nación en su dimensión de tribunal constitucional cómo órgano resolutor.

Iván Carlo Gutiérrez Zapata

Acción de inconstitucionalidad (plazos)

Con fundamento en lo dispuesto en los arts. 105, frac. II, de la Constitución federal, y 60 de la Ley Reglamentaria de las Fracs. I y II del Art. 105 Constitucional (en adelante, LR105), el plazo para ejercitar la acción de inconstitucionalidad será de treinta días naturales contados a partir del día siguiente a la fecha en que la ley o tratado internacional sean publicados en el correspondiente medio oficial.

El medio oficial de publicación de las leyes federales, así como de los tratados internacionales, es el *Diario Oficial de la Federación*; el medio oficial de publicación de las leyes estatales es el diario o periódico oficial de cada estado.

En México, las normas devienen impugnables vía acción federal de inconstitucionalidad el día *posterior* al que fueron publicadas en el correspondiente medio oficial, situación que la SCJN esclareció al resolver el recurso de reclamación 153/98-PL, del cual se desprendió la tesis 2ª. LXXIX/99, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, 9ª época, tomo IX, junio 1999, pág. 657, cuyo rubro es el siguiente: “Acción de inconstitucionalidad. El cómputo del plazo para la presentación de la demanda debe realizarse a partir del día siguiente de la publicación de la disposición general combatida”.

Generaron dudas aquellos casos en los que el último día del plazo para ejercitarla fuera inhábil, la Corte aclaró que bajo esas circunstancias la demanda podría presentarse el primer día hábil siguiente.

Así lo establece el art. 60 LR105, y en adición a ello la jurisprudencia de la propia Corte, al resolver el recurso de reclamación 153/98-PL, en la tesis 2ª. LXXX/1999, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación,* novena época, tomo IX, junio 1999, pág. 658, cuyo rubro establece: “Acción de inconstitucionalidad. Si el plazo para presentar la demanda vence en día inhábil y ésta se presentó el siguiente día hábil, debe considerarse oportuna”.

Tratándose de normas en materia electoral, estas devienen impugnables vía acción abstracta de inconstitucionalidad al día siguiente de su publicación, y no con motivo de algún acto de aplicación.

Sin embargo, es necesario poner de manifiesto que tratándose de acciones de inconstitucionalidad ejercitadas contra normas electorales, el tema resulta más complejo, ya que para efectos del cómputo del plazo todos los días se consideran hábiles, al tenor de lo previsto en el art. 60, párrafo segundo, de la Ley Reglamentaria de las Fracs. I y II del Art. 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por lo tanto, a pesar de que el trigésimo día contado a partir del día siguiente de la publicación de la norma electoral combatida sea inhábil o festivo, será esa la última fecha oportuna para la presentación del escrito de demanda y no el siguiente día hábil, como lo sería tratándose de alguna materia diversa a la electoral.

En el caso de que por tratarse de un día inhábil la oficina de certificación judicial y correspondencia de la SCJN no se encuentre habilitada o que por algún motivo no se pueda presentar la demanda en el domicilio del alto tribunal, el art. 7° de la LR105 establece que las demandas o promociones de término pueden presentarse fuera del horario de labores, ante el secretario general de acuerdos o la persona designada por éste.

Iván Carlo Gutiérrez Zapata

Acción de inconstitucionalidad (sentencias)

Tal como lo documentan el maestro Héctor Fix-Zamudio y el doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2009), "La doctrina general de las resoluciones judiciales pronunciadas por los jueces y tribunales ordinarios, se aplicó con sus lineamientos básicos a las dictadas por los tribunales, cortes y las salas constitucionales, pero su contenido relativo a la resolución de las controversias de carácter fundamental confirió a las decisiones definitivas de dichos organismos jurisdiccionales modalidades y matices particulares, si bien los lineamientos tradicionales se aplicaron sin variaciones a las decisiones de trámite y etapas del proceso constitucional, es decir, los acuerdos o decretos y los autos.

Un aspecto esencial de estas modalidades lo encontramos en las sentencias dictadas en las controversias sobre la constitucionalidad de normas legislativas, que mayoritariamente tienen efectos generales, si lo comparamos con las sentencias de los tribunales ordinarios, que normalmente solo se aplican a las partes en el proceso concreto en el cual se pronunciaban, aun en el supuesto de desaplicación de normas generales, de acuerdo con el sistema americano de carácter difuso al que nos hemos referido con anterioridad. No obstante, también los jueces administrativos actualmente pronuncian sentencias con efectos generales tratándose de la ilegalidad de los reglamentos, resoluciones que tuvieron como antecedente la jurisprudencia del Consejo de Estado francés sobre esta materia".

En ese orden de ideas, la sentencia en la acción abstracta de inconstitucionalidad, como medio de control de regularidad constitucional de la ley, se configura como un diálogo que entablan la mayoría de los tribunales constitucionales con el legislador. Es a través de las resoluciones de estos tribunales el mejor catalizador de esa "necesaria conversación institucional" en un Estado democrático, pues sin duda el rol de los mismos con el resto de los órganos

y poderes públicos tiene vida propia a través de ellas, bien sean estimatorias o desestimatorias de la constitucionalidad del objeto normativo impugnado.

No es este el lugar para desarrollar un estudio exhaustivo de la tipicidad de las sentencias, pues existen múltiples variedades y combinaciones de *tipos de sentencia* —incluso pueden confluir varias de ellas en una misma—, emitidas por los tribunales constitucionales, además de que desbordaría por mucho el objetivo de los límites materiales de la "voz" que se presenta, por lo que nos limitaremos a realizar el análisis relativo a la sentencia dictada en acciones de inconstitucionalidad en concordancia con lo establecido por la Ley Reglamentaria de las Fracs. I y II del Art. 105 Constitucional (en adelante, LR105).

Si bien es cierto que en algunas ocasiones se determina la inconstitucionalidad lisa y llana del producto normativo impugnado y como consecuencia de ello la norma cuestionada se expulsa del ordenamiento jurídico, no es menos cierto que existe toda una gama de posibilidades de pronunciamiento en forma de sentencia por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, SCJN), que no forzosamente constituyen un pronunciamiento de validez o invalidez.

Bajo ese marco, encontramos las sentencias interpretativas —aditivas, manipulativas, apelativas, monitorias, sustractivas, de interpretación conforme, etcétera, véase Giovanni Figueroa Mejía (2011) —las cuales tienen como común denominador regular los efectos de la norma, y no declaran la inconstitucionalidad de la misma; por el contrario, determinan su compatibilidad con el texto constitucional en los términos que se establecen en la propia resolución.

En relación con las sentencias estimatorias o declarativas de inconstitucionalidad, esta tipología reside fundamentalmente en las sentencias en las que la SCJN, una vez determinada la inconstitucionalidad de la ley o norma impugnada, procede a realizar la declaración de inconstitucionalidad o invalidez de la misma, teniendo como consecuencia la pérdida de la vigencia de dicha ley en el futuro, su consecuente expulsión del ordenamiento jurídico, así como de los preceptos vinculados con ella que resulten afectados (invalidez extensiva).

Por tanto, de acuerdo con lo previsto por el art. 72 LR105, la SCJN podrá declarar la invalidez —inconstitucionalidad— de la norma impugnada cuando sus sentencias sean aprobadas por los votos de ocho ministros en el mismo sentido; de lo contrario, se desestimarán y se archivarán, en cuyo caso se entenderán desestimatorias o que determinan la constitucionalidad de los preceptos impugnados.

El contenido de las sentencias recaídas a acciones federales de inconstitucionalidad lo establece el art. 41 LR105. En él se hace referencia a los requisitos que deben contener las mismas. El dispositivo legal establece que son:

— Fijación breve y precisa de las normas generales recurridas; es decir, el señalamiento de la ley federal, estatal o tratado internacional impugnado; en caso de no recurrir la ley o tratado en su totalidad, el señalamiento expreso de los artículos, fracciones, párrafos o porciones normativas impugnadas.

— Los preceptos que la fundamenten.

— Las consideraciones que sustenten su sentido, así como los preceptos que en su caso se estimaren violados; la SCJN debe señalar en la sentencia los razonamientos jurídicos que la llevaron a adoptar una decisión específica en cuanto a la norma general impugnada.

— Los alcances y efectos de la sentencia, fijando las normas generales respecto de las cuales operen dichos efectos, los cuales, como hemos visto, se extenderán a todas aquellas normas cuya validez dependa de la declarada invalidada (invalidez extensiva).

— Los puntos resolutivos que decreten el sobreseimiento o declaren la validez o invalidez de las normas generales impugnadas.

— Por otra parte, el art. 45 LR105 prevé que la SCJN señale la fecha en la que la sentencia producirá sus efectos.

Finalmente, el art. 44 LR105 dispone que dictada la sentencia, el presidente de la SCJN ordenará notificarla a los órganos involucrados en el proceso y mandará que se publique integralmente en el *Semanario Judicial de la Federación* conjuntamente con los votos particulares que se emitan; además, cuando una sentencia de la SCJN recaída a una acción de inconstitucionalidad declare la invalidez de los preceptos impugnados, el presidente de la SCJN ordenará también su publicación en el *Diario Oficial de la Federación* o en el medio oficial en que la norma se publicó tratándose de normas locales.

Iván Carlo Gutiérrez Zapata

Acción de inconstitucionalidad en materia electoral

La acción de inconstitucionalidad en materia electoral es un medio de control abstracto de la constitucionalidad de las leyes electorales, que tiene por objeto resolver los posibles conflictos entre el contenido de un precepto legal en la materia y lo establecido en la Constitución política, a efecto de hacer prevalecer las normas y principios constitucionales del sistema democrático de gobierno (Penagos, 2012). En ese sentido, la acción de inconstitucionalidad electoral forma parte del control jurisdiccional de carácter político a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como tribunal constitucional, porque a petición de los órganos del poder público legitimados para ello o de los partidos políticos, se revisa, en lo general, la regularidad constitucional de las leyes electorales emitidas por el legislador.

Su fundamento lo encontramos en el art. 105, frac. II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y el procedimiento correspondiente se rige por lo dispuesto en la Ley Reglamentaria de las fracs. I y II de ese precepto constitucional.

Desarrollo histórico. En el sistema jurídico mexicano es reciente la inclusión de este medio de control de leyes electorales, porque la acción de inconstitucionalidad no estaba prevista para controvertir normas de ese carácter, lo que obedecía a una tradición que se mantuvo incólume en el orden jurídico nacional durante casi dos siglos; basta recordar la controversia surgida entre dos grandes juristas del siglo XIX, Ignacio Vallarta y José María Iglesias, en

la que se planteaba si el Poder Judicial de la Federación debía o no conocer de asuntos de carácter político (Cabrera, 1997). En ese debate, Iglesias estimaba que el Poder Judicial debía tener facultades para resolver controversias en materia político-electoral, en tanto que Vallarta advertía el riesgo de la judicialización de la política; prevaleciendo así, durante gran parte del siglo XX, la doctrina de incompetencia de origen, mejor conocida como "tesis Vallarta", en la que se consideraba que los órganos jurisdiccionales no debían conocer de asuntos político-electorales; por ello, el juicio de amparo —que es la garantía jurisdiccional para el control de la constitucionalidad de las leyes, que por su sola entrada en vigor o con motivo de su aplicación causen afectación a las personas— no se ha estimado procedente para resolver cuestiones en materia electoral (Penagos, 2013).

La consolidación del control de constitucionalidad de las normas en materia electoral tiene lugar hasta 1996, cuando se reformó el art. 105, frac. II, de la Constitución general de la República, para otorgar al tribunal constitucional la facultad para conocer de acciones de inconstitucionalidad de leyes electorales, siendo ésta la única vía para plantear su inconstitucionalidad en abstracto, cuya sentencia, de ser el caso, tiene efectos generales. Con ello, el control de constitucionalidad se erige en la columna vertebral de la estabilidad y la supremacía del sistema constitucional (Bianchi, 1992).

Reglas específicas de la materia electoral. La acción de inconstitucionalidad en materia electoral atiende para su trámite y resolución a criterios normativos específicos, en virtud de que tiene por objeto revisar la constitucionalidad de leyes que rigen, principalmente los procesos electorales.

a) Sujetos legitimados. De conformidad con lo previsto en el precepto constitucional indicado, la legitimación para promover la acción de inconstitucionalidad en materia electoral es restringida, ya que solo puede ser promovida por el procurador general de la República; el 33% de los integrantes de las Cámaras de Diputados o Senadores, o de los integrantes de las legislaturas de las entidades federativas tratándose de normas locales, así como por los partidos políticos a través de sus dirigencias, nacionales o estatales, según sea el caso de la norma impugnada. En este sentido también lo ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia P./J.9/2007 de rubro: "Acción de inconstitucionalidad en materia electoral. Están legitimados para promoverla, además de los partidos políticos, los entes mencionados en la fracción II del artículo 105 constitucional".

Por lo anterior, este medio de control constitucional constituye un instrumento jurisdiccional de carácter político, pues está vedada la posibilidad de que las personas físicas o morales controviertan en abstracto la ley electoral, ya que únicamente los órganos del poder citados y los partidos políticos como institutos de interés público pueden controvertir la inconstitucionalidad de esas leyes con objeto de preservar la supremacía constitucional.

b) Inmutabilidad temporal de las normas jurídicas. Otra distinción fundamental de la acción de inconstitucionalidad en esta materia se encuentra en la frac. II del art. 105 de la Constitución federal, que establece: "Las leyes electorales, federal y locales, deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días

antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse, y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales".

Esta prohibición constitucional de reformar leyes electorales dentro de los noventa días previos al inicio del proceso electoral y durante el transcurso de éste —salvo que se trate de modificaciones que no sean fundamentales— tiene como finalidad otorgar seguridad y certeza jurídica a las contiendas electorales, a efecto de que se desarrollen con un cuerpo normativo cerrado y con reglas previamente definidas, para lograr así que rijan los principios de equidad e igualdad en la materia y el equilibrio entre los partidos políticos, precandidatos o candidatos contendientes.

Incluso, es importante señalar que con el fin de salvaguardar el referido principio de certeza jurídica, el propio tribunal constitucional fijó jurisprudencia en la que determinó que cuando se declare la inconstitucionalidad de una reforma en materia electoral y, como consecuencia de los efectos generales de la sentencia, se produzca un vacío normativo que impida el inicio o la cabal regulación de las etapas que componen el proceso electoral respectivo, los efectos de la sentencia incluyen la reviviscencia, que consiste en la posibilidad de reestablecer la vigencia de las normas existentes con anterioridad a las declaradas inválidas, lo que se desprende de la jurisprudencia P./J.86/2007 de rubro: "Acción de inconstitucionalidad. Las facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para determinar los efectos de las sentencias estimatorias frente a un sistema normativo que ha reformado a otro, incluyen la posibilidad de establecer la reviviscencia de las normas vigentes con anterioridad a aquellas declaradas inválidas, especialmente en materia electoral".

c) Cómputo de los plazos. El art. 60 de la Ley Reglamentaria de las Fracs. I y II del Art. 105 Constitucional prevé que para el cómputo de los plazos en la acción de inconstitucionalidad electoral todos los días deben considerarse como hábiles, aunado a que su tramitación y sustanciación se sujeta a términos breves, con la finalidad de que sea ágil y sencilla, y que la resolución se emita con la oportunidad debida; esto es, antes del inicio del proceso electoral. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido la tesis de jurisprudencia P./J.6/2002, de rubro: "Acción de inconstitucionalidad en materia electoral. Los plazos breves previstos para la sustanciación del procedimiento rigen en aquellos asuntos que deban resolverse dentro de los noventa días anteriores al inicio del proceso electoral en que vayan a aplicarse las normas impugnadas".

Las características de la acción de inconstitucionalidad en materia electoral y los criterios derivados de la jurisprudencia demuestran la trascendencia de este medio de control y la importancia de interpretar las disposiciones constitucionales respectivas, de forma tal que se otorgue consistencia al sistema democrático de derecho.

Pedro Esteban Penagos López

Acción de inconstitucionalidad local (México)

La acción de inconstitucionalidad se ubica en el supuesto que la doctrina denomina como control abstracto de constitucionalidad, pues se promueve a

partir de la publicación de la ley, con independencia de su aplicación concreta. Esto es, el control de constitucionalidad realizado a través de este mecanismo de control constitucional no hace necesaria la existencia de agravio alguno, en virtud de que se promueve con el interés general de preservar, de modo directo y único, la supremacía constitucional.

En términos generales lo que se plantea con la acción es la posible contradicción entre una norma de carácter general, por una parte, y la Constitución local, por la otra. A través de ella se solicita la declaración de invalidez de la legislación secundaria, a fin de hacer prevalecer los mandatos de la Constitución.

En Querétaro son controladas por este instituto procesal todas las leyes del estado que formalmente tengan ese carácter. En Veracruz y Quintana Roo, además de las leyes, también se contempla a los decretos que se consideren contrarios a la Constitución local. En el Estado de México se amplía el objeto de control a las leyes, reglamentos estatales o municipales, bandos municipales o decretos de carácter general.

Como es notorio, en Tlaxcala, Chiapas, Coahuila, Guanajuato, Nayarit, Tamaulipas y Yucatán se amplía notoriamente el objeto del control abstracto, al señalarse la idoneidad del instrumento para combatir normas de carácter general. Si por generalidad de la ley se entiende normalmente el hecho de que una norma opere frente a todos los sujetos de derecho, sin distinción, una formulación así ensancha las posibilidades de fiscalización que tienen los órganos de control alcanzando al conjunto de leyes, decretos y acuerdos con esa naturaleza que expidan los congresos locales; entran en igual consideración las normas expedidas por los poderes Ejecutivos bajo la forma de reglamentos, decretos, acuerdos, circulares, órdenes y disposiciones de carácter general, sea cual fuera su naturaleza; las normas que emitan los ayuntamientos y que pueden tomar forma de bandos de policía y gobierno, reglamentos, circulares, disposiciones administrativas de observancia general, entre otras. No pueden quedar al margen las normas que con base en la potestad para autorregularse se dan los poderes legislativos y judiciales, aunque esto último comporte una problemática diversa debido a la incardinación del órgano de control dentro de los poderes judiciales (César I. Astudillo Reyes, 2006).

Hay que precisar que en el estado de Tlaxcala se incorporan dos modalidades: la que se promueve en contra de normas generales del Congreso del estado, y la que se plantea en contra de normas jurídicas de carácter general provenientes de un ayuntamiento.

Ahora bien, con relación al plazo para interponer la acción, los estados de Veracruz, Chiapas, Quintana Roo, Querétaro, Guanajuato, Nayarit, Tamaulipas y Yucatán establecen treinta días naturales contados a partir del día siguiente a la fecha de publicación oficial de la disposición normativa. Tanto Chiapas como Querétaro contemplan además como opción el día en el cual se tenga conocimiento de la existencia de la ley impugnada.

Este plazo de treinta días, también contemplado para interponer la acción de inconstitucionalidad federal, es excesivamente breve, porque no permite realizar un estudio constitucional serio y profundo que ayude a quien tiene la legitimación activa para argumentar de mejor manera su impugnación, sobre

todo si los vicios no son tan evidentes, pues en casos como el señalado podría detectarse la inconstitucionalidad de la disposición normativa algunos meses o años después de su entrada en vigor y, en tales supuestos, la acción abstracta de inconstitucionalidad ya no podría ser ejercitada (Héctor Fix-Fierro, 1995). Aunque después de transcurrido ese plazo se puede inaplicar la ley inconstitucional al caso concreto a través del juicio de amparo local o de la cuestión de inconstitucionalidad local.

En otras entidades federativas se amplía el plazo. Así, en el Estado de México se determina que las acciones de inconstitucionalidad podrán ser promovidas dentro de los cuarenta y cinco días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma impugnada en el medio oficial correspondiente. En Coahuila, por su parte, el plazo es de sesenta días naturales siguientes a la fecha de publicación oficial de la norma, o en su defecto, de que se tenga conocimiento de la misma.

La entidad federativa que contempla un plazo más extenso es Tlaxcala, pues establece un término de noventa días naturales, contados a partir de aquel en que la norma jurídica que se desea impugnar haya sido publicada en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado.*

Hay que señalar que en la mayoría de las entidades federativas aludidas se prevé que si el último día del plazo fuera inhábil, la demanda podrá presentarse el primer día hábil siguiente.

La fuerte carga política de la acción de inconstitucionalidad salta a la vista. Lo que se solicita del órgano de control constitucional es una desautorización inmediata y directa de la obra del legislador local. De ahí la importancia de que las Constituciones locales y las correspondientes legislaciones secundarias de la materia sean muy cuidadosas al estipular quiénes son los órganos habilitados para interponer la acción. Por lo regular, los legitimados actúan como defensores abstractos de la Constitución, ya que, en su calidad de titulares de intereses políticos, no adoptan la posición procesal estricta de recurrentes, tratándose por ello de un proceso objetivo en el que no hay sujetos que defiendan sus intereses personales.

En congruencia con lo anterior, se ha dicho que las partes legitimadas para promover la acción de inconstitucionalidad no la ejercitan para deducir un derecho propio o para defenderse de los agravios que eventualmente les pudiera causar una norma general (sentencia recaída en la acción de inconstitucionalidad 2/99 y su acumulada 3/99, publicada en el *SJFGyG*, Novena Época, tomo X, correspondiente al mes de noviembre de 1999, p. 791), pues para garantizar los derechos de los gobernados cuando éstos crean que están siendo agraviados por la publicación o por el primer acto de aplicación de una disposición normativa, la vía es el control de constitucionalidad concreto y con efectos *inter partes*, que en México se realiza, entre otros mecanismos, a través del juicio de amparo federal y del juicio para la protección de derechos fundamentales local.

Desde esta perspectiva, las legislaciones de Veracruz, Chiapas, Estado de México, Coahuila, Querétaro y Yucatán coinciden en dotar de legitimación procesal activa al gobernador del estado.

Todas las entidades federativas coinciden en otorgar legitimación activa a un porcentaje representativo de miembros de las cámaras de diputados locales. Así, en Veracruz, Guanajuato, Querétaro y Nayarit corresponde a cuando menos una tercera parte de los miembros del Congreso; en Chiapas, Quintana Roo, Estado de México, Tamaulipas y Yucatán el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Congreso; en Tlaxcala, al veinticinco por ciento de los diputados que integran el Poder Legislativo del estado, y en Coahuila el equivalente al diez por ciento de los integrantes del Poder Legislativo.

El que en Tlaxcala se establezca un veinticinco por ciento y en Coahuila un diez por ciento, en lugar de los porcentajes más elevados que se requieren en los demás estados, puede llegar a dificultar, por un momento, la gobernabilidad o certidumbre de los actos legislativos. Sin embargo, este tipo de porcentajes menos cualificados, además de proteger (respetar) a las minorías representativas, obliga a que se busquen mayores consensos al interior de los congresos.

Hay entidades federativas que también otorgan una legitimación activa a los ayuntamientos o concejos municipales. Esto sucede, por ejemplo, en Chiapas, donde se contempla el equivalente al treinta y tres por ciento de los ayuntamientos de la entidad; mientras que en el Estado de México, Nayarit, Tamaulipas y Yucatán se legitima a los ayuntamientos, cuando tengan la aprobación de cuando menos el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del cabildo. En Querétaro se legitima a los ayuntamientos o concejos municipales, y en Coahuila, al legitimar a los integrantes de los ayuntamientos o concejos municipales, se exige que sea el equivalente al diez por ciento de los integrantes de estos dos entes. En Tlaxcala se especifica que para impugnar normas que provengan de un ayuntamiento o concejo municipal corresponde la legitimación al veinticinco por ciento de los munícipes del mismo ayuntamiento o concejo municipal, incluidos los presidentes de comunidad; o bien al o los diputados en cuyo distrito electoral se comprenda el ayuntamiento o concejo municipal que haya expedido la norma impugnada.

Un aspecto que llama la atención es que en los estados de México, Tlaxcala, Nayarit, Tamaulipas y Tlaxcala se ha dotado de legitimación activa al comisionado (o a la Comisión) de derechos humanos estatal, para procurar la tutela jurisdiccional de los derechos humanos reconocidos en sus respectivas Constituciones (en el último estado citado la Comisión también puede impugnar normas que provengan de un ayuntamiento o concejo municipal). Hay quienes se pronuncian en contra de que se dote de una acción tan importante a organismos de esta naturaleza; o bien señalan que los derechos fundamentales ya se encuentran ampliamente protegidos por distintos mecanismos de tutela. No obstante, el que se legitime a las comisiones de derechos humanos es acertado, dado que éstas se encuentran en una excelente posición para realizar una protección más amplia de los derechos incluidos en las Constituciones locales.

En cuanto a la impugnación de normas jurídicas generales provenientes de algún ayuntamiento o consejo municipal, en Tlaxcala se legitima a la Universidad Autónoma de esta entidad federativa.

En Chiapas, Quintana Roo y Tlaxcala la legitimación activa se amplía al procurador general de Justicia del estado en los asuntos relativos a su función, en tanto que en Nayarit, Tamaulipas y Yucatán no se establece límite al citado funcionario.

En Veracruz, por ejemplo, no cuentan con legitimación los partidos políticos locales para promover acciones de inconstitucionalidad, como sí sucede en Tlaxcala, Coahuila y Querétaro, en donde se legitima a los partidos políticos nacionales y estatales con registro debidamente acreditado ante la autoridad electoral que corresponda.

En Querétaro, Coahuila y Yucatán están legitimados los organismos públicos autónomos, con relación a la materia de su competencia, así como cualquier persona, cuando se trate de la protección de sus derechos fundamentales.

Para que una sentencia declare inconstitucional una norma con efectos generales se requiere que haya sido aprobada por las dos terceras partes del Pleno del Tribunal en Veracruz, por cuando menos diez magistrados en Tlaxcala, por cinco votos del Pleno de la Sala Superior en Chiapas, por cuando menos cuatro votos de los integrantes de la Sala Constitucional en el Estado de México, por cuando menos seis votos en Quintana Roo, por la mayoría absoluta de los miembros del Pleno del Tribunal en Coahuila y por cuatro magistrados en Nayarit, Tamaulipas y Yucatán. Se requiere una mayoría simple de votos por parte de los integrantes del pleno del Tribunal en Guanajuato y Querétaro. En caso de que no se logren alcanzar las votaciones señaladas, se desestima la acción y se ordena el archivo del asunto. Es pertinente indicar que estas sentencias no podrán aplicarse retroactivamente, con excepción de la materia penal, y siempre que se beneficie al inculpado.

En Tlaxcala y Guanajuato se contempla que si la sentencia declara la invalidez de la norma general los efectos se hacen extensivos a todas aquellas normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada, aunque aquéllas no se hayan impugnado.

Giovanni A. Figueroa Mejía

Acción de tutela

La palabra "tutela" proviene del latín *tutēla*, que traduce como "la autoridad que se confiere para cuidar de una persona que, ya sea por minoría de edad o por otras causas, no tiene completa capacidad civil". De esta manera, el tutor adquiere autoridad y responsabilidad, en defecto de los padres de la persona en cuestión, sobre el sujeto y sus bienes. El *Diccionario* de la Real Academia Española (RAE) menciona distintos tipos de tutela: la tutela dativa, la tutela ejemplar, la tutela legítima, la tutela testamentaria, entre otros.

En 1991 se entrelaza la tutela con la institucionalidad constitucional colombiana en la medida en que constituye otro de los instrumentos de supremacía constitucional. La tutela es un mecanismo constitucional que siempre ha sido centro de debate en Colombia por académicos y juristas expertos en el tema; así como algunos abogan por simples ajustes, otros aplauden su

desmonte, y otros definitivamente defienden su intangibilidad. Lo que sí es innegable es que la acción de tutela constituye el cambio más significativo que se introdujo a la carta política de 1991, en la medida en que se erige como el mecanismo de garantía y protección de los derechos fundamentales.

De manera que podemos definir a la tutela como un mecanismo de protección de los derechos constitucionales fundamentales de los habitantes del territorio colombiano. El art. 86 de la Constitución dispuso que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos previstos en la ley. Además, señala claramente que: "La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

Se afirma que la acción de tutela legitima el régimen jurídico en la medida en que es garante de las libertades y de los derechos fundamentales; en el modelo constitucional colombiano se le ha encomendado a todos los jueces de la República tramitar este recurso o instrumento constitucional, cuyo fundamento fue precisamente el control de excepción por inconstitucionalidad que desde 1910 se había definido como judicial y difuso.

En efecto, ante la instauración de una acción de tutela, el juez tiene el deber de delimitarla conceptualmente, para decidir si está o no en presencia de un debate que deba darse en sede constitucional o si por el contrario se difiere a la justicia ordinaria; para hacer efectivo lo anterior, el juez utiliza como herramientas tanto los requisitos esenciales como las características de la tutela; elementos definidos en la propia Constitución, pues el constituyente expresamente dispuso que la normatividad de la tutela fuera de rango constitucional y complementariamente, de ley estatutaria. En este sentido, en materia de los derechos fundamentales se aplica esencialmente el art. 86 de la C. P. y la ley estatutaria de tutela, o sea, el Decreto 2591 de 1991, ya que precisamente este decreto lo expidió el presidente de la República revestido de facultades extraordinarias otorgadas por el literal b) del art. 5o. transitorio de la Constitución de 1991, decreto que, si bien formalmente es un "Decreto autónomo o reglamento constitucional", materialmente es una ley estatutaria, como bien lo señala el art. 152, inciso a), de la norma superior; posteriormente, el presidente de la República expidió el Decreto 306 de 1992 "Reglamentario de la Acción de Tutela". Finalmente, como desarrollo legal de la acción de tutela, se deben mencionar los decretos 1382 de 2000, "Por el cual se establecen reglas para el reparto de la acción de tutela", y el Decreto 404 de 2001, "por el cual se suspendió la vigencia del decreto 1382 de 2000".

Se observa que si bien la acción de tutela no quedó consagrada en el capítulo constitucional de la jurisdicción constitucional, sí hace parte del cúmulo de acciones garantes de dicha supremacía, a tal punto que integra el bloque de "la proposición jurídica completa de la jurisdicción constitucional", según decir de los constitucionalistas. Se colige una relación entre la justicia ordinaria y la justicia constitucional; sin embargo, es importante —para la protección de la institución de la tutela— tener bien definido el ámbito de competencia de los dos.

Se tiene entonces que la acción de tutela: i) es un recurso a la constitucionalidad, por cuanto es una forma de hacer valer la Constitución; ii) es garantía de la supremacía constitucional, en tanto que es otro instituto del control de constitucionalidad. En consecuencia, siendo la tutela de naturaleza constitucional, es una acción estrictamente judicial, en la medida en que si bien el juez de tutela actúa en sede constitucional, cotidianamente es un juez de la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, aun cuando es un mismo funcionario el que resuelve los casos ordinarios y la controversia constitucional en materia de tutela, el hecho de que en cada una de sus tareas esté desempeñando funciones judiciales distintas, protegiendo derechos de diferente naturaleza, tramitando acciones que tienen finalidades disímiles, y aplicando una normativa y jurisprudencia en ocasiones contrapuesta, trae consigo que el juez deba cambiar su ropaje jurídico (conceptualización del derecho), y eche mano de herramientas e instrumentos que en la controversia ordinaria se observaría como inaplicables e incluso como poco ortodoxos.

Adicionalmente, como la revisión de las decisiones de tutela puede reclamarse ante la Corte Constitucional (que pertenece a la rama judicial) y que ha realizado una labor muy importante en la interpretación extensiva de los derechos fundamentales, especialmente en los derechos sociales y económicos, generando pronunciamientos significativos en materia de salud, seguridad social, etcétera debido a que el sistema de control constitucional, en Colombia es mixto y paralelo, se han producido en los últimos años tensiones entre la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, que se han denominado "choque de trenes".

Ana Giacomette Ferrer

Acción popular de inconstitucionalidad

La acción popular de inconstitucionalidad es el medio procesal establecido en el derecho procesal constitucional, mediante el cual cualquier persona o ciudadano, con base en un simple interés en la constitucionalidad de las leyes, puede iniciar el proceso de control constitucional concentrado de las leyes, demandando la anulación de las mismas por razones de inconstitucionalidad. Se trata, en definitiva, del instrumento procesal establecido para asegurar el derecho de las personas a la supremacía constitucional, o el derecho de los ciudadanos al ejercicio del control sobre las leyes inconstitucionales. Por ello, la acción popular, además de ser un instrumento de participación democrática, se puede considerar como el instrumento procesal más acabado para

asegurar el acceso ciudadano a los mecanismos de control de constitucionalidad concentrado de las leyes, al no establecer condiciones de admisibilidad de la acción basadas en la legitimación activa, y permitir que cualquiera pueda acceder ante la jurisdicción constitucional.

Sin embargo, a pesar de dicha amplitud, la acción popular no es una institución común en el derecho procesal constitucional, de manera que más bien la regla en la mayoría de los países con sistemas de control de constitucionalidad concentrado es el establecimiento de condiciones de admisibilidad basadas en la legitimación activa para accionar. Es el caso, por ejemplo, de la previsión de reserva para al ejercicio de la acción directa de inconstitucionalidad de las leyes a determinados funcionarios u órganos del Estado (presidente del gobierno, Ministerio Público, miembros del Parlamento), quienes son los únicos que pueden acceder ante los tribunales constitucionales, como sucede en general en Europa y en muchos países latinoamericanos; o de la previsión para la legitimación activa para accionar cuando se permita el ejercicio de la acción a los particulares, de la existencia de determinado interés personal o directo en la anulación, como sucede en Uruguay, Honduras y Paraguay.

La acción popular existe, por ejemplo, en Venezuela, Colombia, Ecuador, Panamá, El Salvador, Nicaragua y Guatemala, como instrumento para el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes por vía principal, indistintamente de que en Venezuela, Colombia y Guatemala exista un sistema mixto o integral de control de constitucionalidad de las leyes, donde el método concentrado se ejerce combinado con el método difuso de control de constitucionalidad; o de que en Panamá, Ecuador, El Salvador y Nicaragua tengan un sistema de control de constitucionalidad exclusivamente concentrado.

En Venezuela, cualquier persona, natural o jurídica, nacional o extranjera puede ejercer la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes, y en Ecuador, cualquier persona, individual o colectivamente. En Colombia, Panamá, El Salvador y Nicaragua se otorga legitimación para intentar la acción popular a los ciudadanos, lo que desde el punto de vista teórico implicaría que su ejercicio se atribuye a las personas que están en ejercicio de los derechos políticos (ciudadanía), que en general son los nacionales. En Guatemala, aun cuando el legislador enumeró los legitimados para ejercer la acción de inconstitucionalidad de las leyes identificando a la Junta Directiva del Colegio de Abogados, al Ministerio Público, y al Procurador de Derechos Humanos, agregó que también puede ser intentada por "cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos", lo que confirma la popularidad a la acción.

La acción popular de inconstitucionalidad, además de tener por objeto el asegurar el control de constitucionalidad concentrado de las leyes, en la mayoría de los países en los cuales se ha establecido también se la regula como un instrumento para el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad de otros actos estatales normativos, de orden sublegal, como los reglamentos y resoluciones normativas. En Ecuador ello se atribuye a la Corte Constitucional, y en Venezuela, por ejemplo, aparte del control de constitucionalidad de las leyes que ejerce la sala Constitucional del Tribunal Supremo, a los efectos

del control de constitucionalidad y legalidad respecto de los reglamentos y demás actos ejecutivos normativos, la acción popular también está prevista, pero para ser ejercida ante la jurisdicción contencioso administrativa que es la que tiene competencia exclusiva para anular actos administrativos contrarios a derecho.

En otros países, como en el Perú, la acción popular de inconstitucionalidad solo está prevista como un medio procesal para el control de constitucionalidad de los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, por infracción de la Constitución y de la ley, no existiendo posibilidad de ejercer la acción popular de inconstitucionalidad en contra de las leyes, cuya impugnación está sometida a requisitos procesales que reducen la legitimación activa.

La acción popular de inconstitucionalidad como instrumento para iniciar el proceso de control constitucional concentrado de las leyes ante la jurisdicción constitucional, en todo caso, se distingue de las "acciones populares" referidas por ejemplo en la Constitución de Colombia, cuyo objeto es la protección de los derechos e intereses colectivos y difusos, como los relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza, y que en otros países se configuran como acciones de amparo colectivo para la protección de derechos o intereses difusos.

Allan R. Brewer-Carías

Acción por omisión legislativa local (México)

La acción por omisión legislativa tiene por objeto garantizar de manera abstracta la supremacía constitucional, al reprobar aquellas inercias legislativas que vulneren la cualidad normativa de la Constitución (José Julio Fernández Rodríguez, 1998). Esto es, a través de esta vía se impugna la inactividad legislativa que vulnera la supremacía normativa de la Constitución; pero no en cualquier supuesto, sino solo en aquellos casos en que no se realicen actos de creación de normas que sean indispensables para que las normas constitucionales puedan ser plenamente aplicables (Carlos Báez Silva, 2006).

Este instrumento fue incorporado en el sistema jurídico mexicano con la reforma constitucional veracruzana del 2000, y no tardó mucho en circular hacia otras entidades federativas, como Chiapas, Quintana Roo, Tlaxcala, Coahuila, Nayarit y Yucatán, con los ajustes que cada entidad ha creído necesario imprimirle. De ahí que exista una heterogeneidad de los diseños orgánicos y procesales empleados en este tipo de instituto.

Así, en Chiapas es procedente "cuando el Congreso no resuelva alguna iniciativa de ley o decreto en los términos que establezca la legislación respectiva y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución política local". Con ello se deja ver que el objetivo primordial es asegurar que el Congreso tome una decisión definitiva en torno a cualquier iniciativa de ley o decreto, con independencia de que se apruebe o no. Esto es, que se agoten cada una de las etapas del procedimiento legislativo que la Constitución chiapaneca establece.

En Quintana Roo la regulación es muy parecida a la contemplada en Chiapas, solo que en aquel estado se hace referencia a la no "expedición de una ley o decreto".

Por su parte, en Veracruz el objeto de la impugnación será la no aprobación, por parte del Congreso, de una ley o decreto, y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento del texto fundamental veracruzano. Aquí lo que se impugna es la votación en sentido negativo que ha hecho el Congreso en relación con una propuesta de ley o decreto, con lo cual queda precisado también que el tipo de producción normativa que no ha sido expedida por el legislador pueden ser tanto normas generales y abstractas, pero también normas individuales y concretas.

Por lo que respecta a Nayarit y Yucatán, pueden ser demandados por omisión legislativa no solo el Congreso local, sino también ayuntamientos, el Poder Ejecutivo y, en la primera entidad citada, cualquier autoridad que no emita la ley —materialmente hablando— que le obliga la Constitución estatal.

Tanto en Chiapas, Quintana Roo y Veracruz se contempla otro elemento que debe ser tomado en cuenta para determinar cuándo se está en presencia de una omisión legislativa. Este elemento es el de la inactividad legislativa, que se conecta al debido cumplimiento de las Constituciones de estas tres entidades federativas. Pero aquí surge la duda de qué es lo que se va a entender por debido cumplimiento, pues con esta fórmula es posible comprender que no tiene necesariamente que existir un incumplimiento por parte del Congreso, sino que a pesar de que exista dicho cumplimiento, éste es equivocado; o bien que el debido cumplimiento alude a aquellas normas constitucionales que tienen una eficacia limitada, por lo que se hace indispensable que el legislador las desarrolle para que puedan ser eficaces.

Es el art. 96, segundo pfo., de la Ley Reglamentaria de los Artículos 104 y 105 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Quintana Roo (LRQR) el que viene a explicitar el contenido de la expresión "debido cumplimiento", y al efecto señala que "se entenderá que afecta el debido cumplimiento del texto fundamental, cuando por el propio mandato constitucional el Congreso del Estado esté obligado a expedir alguna ley o decreto y éste no lo haga; o que expidiendo la ley o decreto lo haga de forma deficiente que no regule adecuadamente el precepto constitucional". De esta precisión de la LRQR se establecen dos tipos de omisiones: las absolutas, que son aquellas en las que falta todo desarrollo normativo de un precepto constitucional, y las relativas, que son aquellas en las que el legislador regula una normativa de forma incompleta. También la Ley de Justicia Constitucional Local para el Estado de Coahuila (LJCC) parece ir en ese sentido, pues de una interpretación armónica entre el art. 71, frac. V, y 8º, la inconstitucionalidad por omisión puede ser total o parcial.

El objeto del proceso en Tlaxcala es mucho más amplio que en los casos de Veracruz, Chiapas y Quintana Roo, pues éste se circunscribe a la falta de expedición de normas jurídicas de carácter general por parte del Congreso, gobernador, ayuntamientos y concejeros municipales. Por lo tanto, quedan comprendidas las omisiones que sean producto de la no expedición de leyes,

decretos o acuerdos por parte del Congreso; de reglamentos, decretos, acuerdos o circulares del gobernador; de bandos de policía y gobierno, reglamentos, circulares, disposiciones administrativas de carácter general; en Tlaxcala se ha introducido una noción amplia de omisión legislativa; cosa similar ocurre en Nayarit y Yucatán.

Finalmente, en Coahuila la inconstitucionalidad por omisión no está contemplada como un mecanismo autónomo de tutela constitucional, como existe en las demás entidades federativas, sino que se encuentra regulada dentro del art. 71, frac. V, de la LJCC, que habla sobre la acción de inconstitucionalidad local, y que señala que a través de ésta puede reclamarse "la inconstitucionalidad por omisión, cuando la Constitución del Estado resulta incumplida por falta de las disposiciones de carácter general necesarias para hacer aplicables sus preceptos". Lo relevante de esta disposición es que amplía considerablemente el objeto de impugnación, ya que una lectura sistemática de la LJCC deja ver que por disposiciones generales se van a entender, además de los productos legislativos, las disposiciones que emitan los órganos ejecutivos, judiciales, constitucionales autónomos, los ayuntamientos y los concejos municipales, que sean indispensables para la plena aplicación de las normas constitucionales.

La acción por omisión legislativa puede ser interpuesta por sujetos que tienen un interés general de tutelar la supremacía de la Constitución impulsando el trabajo legislativo frente a su evidente inercia. Así, la legitimación se reconoce al gobernador del estado (Veracruz, Chiapas y Quintana Roo); a una tercera parte de los ayuntamientos (Veracruz y Chiapas); a un ayuntamiento del estado (Quintana Roo); a las autoridades estatales, entre las que se señalan, además de las anteriores, al Poder Legislativo, a los concejos municipales, la Comisión Estatal de Derechos Humanos, la Universidad Autónoma de Tlaxcala, el procurador general de Justicia, y en general cualquier dependencia o entidad pública, estatal o municipal, que participen en los procesos previstos en la Ley de Control Constitucional de Tlaxcala.

En Tlaxcala la legitimación se amplía a todas las personas físicas y morales residentes en el estado, y en Chiapas pueden denunciar la inactividad legislativa cuando menos el 5% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral. A pesar de que estas dos entidades coinciden en una especie de "acción popular", difieren, sin embargo, en cuanto a la efectividad del acceso, pues en el primer caso el acceso es muy fácil, mientras que en el segundo es casi imposible, al requerirse un elevadísimo número de firmas.

En Coahuila se reconoce al Ejecutivo del estado, al equivalente al diez por ciento de los integrantes del Poder Legislativo, al equivalente al diez por ciento de los integrantes de los ayuntamientos o concejos municipales, a los organismos públicos autónomos, a cualquier persona cuando se trate de la protección de sus derechos fundamentales y a los partidos políticos nacionales y estatales con registro debidamente acreditado ante la autoridad electoral que corresponda.

Por lo que ve a Yucatán, pueden accionar el mecanismo el Congreso del Estado, el gobernador del estado, los titulares de los organismos públicos autónomos, el o los ayuntamientos o las personas físicas o morales residentes en

el estado; similar situación —aunque más amplia— pasa en Nayarit, ya que permite a cualquier autoridad o vecino del estado promoverla sin necesidad de que sufran afectación alguna ante la ausencia normativa.

Por lo que corresponde a la legitimación procesal pasiva en Veracruz, Chiapas y Querétaro, la tiene el Congreso del estado.

En Tlaxcala tienen este carácter las autoridades que, conforme a la ley (léase Constitución), deban realizar directa e indirectamente el acto que se ha omitido.

En Coahuila, la Ley de Justicia Constitucional no toma en cuenta las características de este mecanismo de control para determinar quién será el sujeto pasivo de la acción, pues al señalar de manera genérica a las partes, únicamente se establece que será demandado "la entidad, poder, u órgano que hubiere emitido y promulgado la norma general o pronunciado el acto que sea objeto del procedimiento constitucional", pero no se dice nada acerca del órgano que puede ser el causante de la omisión.

Con relación a Nayarit, tiene legitimación activa cualquier autoridad que esté obligada a emitir la norma general y no lo ha hecho; así, por ejemplo, puede ser demandado el Congreso local o la Universidad Autónoma de este estado.

Por lo que ve a Yucatán, la Ley de Justicia Constitucional señala que tienen el carácter de requerido el Congreso, el gobernador y el ayuntamiento que hayan sido omisos al expedir la norma.

La diferenciación entre los efectos de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad por omisión es algo compleja; particularmente si se parte del dato de que todas ellas incluyen una recomendación, invitación, apelación o exhorto al legislador para que actúe y, en muchas ocasiones, incluso se le señala un plazo para que lo haga. Con todo, estos pronunciamientos van desde un simple consejo hasta fórmulas más coactivas; es decir, pueden ser específicas y puntuales, incluso con fijación de plazos, pero también pueden ser más genéricas y flexibles. Esto es, el órgano de justicia constitucional local conmina al Congreso para que un plazo perentorio legisle; o bien él mismo desarrolla el precepto ineficaz o al menos dicta las bases generales para tornarlo eficaz en tanto el congreso legisla.

Pero veamos cuáles son los plazos que se le dan a los congresos locales para que expidan la ley o decreto materia de la omisión, una vez que se ha declarado la inconstitucionalidad. En Veracruz y Yucatán se otorga al Congreso un plazo de dos periodos de sesiones ordinarias. En Chiapas se contempla un plazo de un periodo de sesiones. En Tlaxcala se concede a la autoridad responsable un término que no exceda de tres meses. En Quintana Roo se prevé como plazo el periodo ordinario en curso o el inmediato siguiente (este plazo puede disminuir cuando el interés público lo amerite). Con esta última facultad se le otorga al pleno del Tribunal una potestad discrecional para que determine el plazo que él crea adecuado. En Nayarit se establece un plazo máximo de un año.

En Veracruz y Coahuila se contemplan actitudes más incisivas por parte del órgano de control constitucional, ya que en caso de que no se acate lo

dispuesto en la resolución, el Tribunal puede expedir las leyes o decretos en tanto el legislador actúa. Algo parecido sucede en Chiapas, pues se establece la posibilidad de que el Tribunal establezca legislación provisional que estará vigente hasta que el Congreso subsane la omisión. El problema de la admisibilidad de pronunciamientos de este tipo estriba en que se considera que con ellas se invaden las competencias que originalmente corresponden al legislador democrático, llegándose incluso a hablar de un papel de "suplencia" del Tribunal con respecto al legislador y de una naturaleza legislativa o de función paralegislativa del primero.

En Tlaxcala, por su parte, se establece que el incumplimiento de la sentencia será motivo de responsabilidad, entendida por tal la destitución de la autoridad omisa. Desde luego que esta solución debería ser expulsada del ordenamiento tlaxcalteca, puesto que no hay posibilidad de que llegue a ser eficaz.

Giovanni A. Figueroa Mejía

Acción positiva

El tema de las acciones positivas o afirmativas es sumamente complejo y confuso, y por ello no existe un concepto universalmente aceptado de las mismas. Así, cada autor, dependiendo del punto de vista desde el cual las analiza, destaca algunas características y omite otras, cargando el acento en alguno de sus elementos y adjudicándole una función específica (Carlos de la Torre), pero quizá donde menos consenso hay no es ya en su conceptualización, sino en la aplicación de las mismas.

Por su idoneidad, podemos tomar el concepto que Paloma Durán ofrece sobre las acciones positivas, y así las define como "estrategias temporales dirigidas a establecer la igualdad de oportunidades por medio de una serie de medidas coherentes que permitan combatir, corregir o contrastar aquellas desigualdades de hecho o discriminaciones que son resultado de prácticas, comportamientos o sistemas sociales".

De esta manera, podría decirse que la acción positiva trata de completar la legislación; por ejemplo, sobre la igualdad de trato, e incluye cualquier medida que contribuya a eliminar las desigualdades en la práctica y que ponga en marcha programas concretos para proporcionar a las mujeres ventajas concretas.

Realmente hay numerosas definiciones aportadas por la doctrina, que son muy similares a la expuesta, y también, por otro lado, encontramos definiciones en el ámbito de la Unión Europea, en la Directiva 2000/43 del Consejo de la Unión Europea, que las define como las "medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico concreto".

De las definiciones expuestas y, en definitiva, de las definiciones que podemos encontrar en torno a las acciones positivas, se reúnen una serie de caracteres propios de las acciones positivas. De esta manera, destacamos los siguientes elementos:

— Un elemento de temporalidad, dato fundamental que determina que pasado un lapso no se invierta la discriminación en la persona de aquel grupo no vulnerable en principio. Se necesita establecer un baremo, un sistema de control, de estadísticas (*Applicant Flow*, *Applicant Pool*) que especifique en qué momento obtenemos esos niveles de igualdad, esas cuotas; en definitiva, la representación necesaria del grupo vulnerable.

Estos sistemas estadísticos surgieron en los Estados Unidos de América, y así con el *Applicant Flow,* se demuestra que en el impacto de un mecanismo existe una significativa diferencia en las tasas de selección entre los miembros de una clase y los miembros de otra.

La Comisión de Oportunidades de Igualdad en el Empleo norteamericana estableció que se produce impacto adverso, discriminación indirecta, cuando hay una tasa menor de 4/5. La muestra se puede realizar además de por porcentajes, por exámenes médicos, desigualdad en pagos, afirmaciones del empleador racistas o sexistas. En estos casos el demandante siempre debe probar la discriminación.

En cuanto al *Applicant Pool,* prueba mediante un análisis si las personas de diferentes clases poseen beneficios que difieren de otras clases. En este caso se requiere identificar el área geográfica donde el empleador busca trabajadores; el asunto que describe esta situación es *Griggs v. Duke Power Co.* La carga de la prueba pesa sobre la parte demandada.

La autenticidad de la relación entre la acción positiva y la compensación por discriminaciones pasadas o sociales depende de la medida en que la raza, el origen étnico o el género en realidad sea un indicador del mal social que deba erradicar el programa de acción positiva y de la medida en que tener en cuenta la raza, el origen étnico o el género sea un método apropiado para combatir la discriminación.

— Hay otro elemento de extremo interés, que consiste en el *establecimiento de igualdad de oportunidades en la práctica*, y no solo a nivel teórico; con una clara visión y diferenciación entre la escala, digamos, ascendente, de la igualdad de trato a la igualdad de oportunidades, y posteriormente, a las acciones eminentemente activas.

Hay acciones compensatorias que establecen tratos diferenciados con objeto de promover la igualdad de oportunidades, de hecho y de derecho.

— Un elemento, asimismo, de educación, de conscientización hacia políticas de igualdad, donde la diferenciación debe ser precisamente para atacar la desigualdad, la discriminación.

— Y un último elemento, enlazado con el anterior, que consiste en la *corrección de fenómenos anómalos*, de fenómenos discriminatorios.

La acción positiva es legítima, es el remedio por excelencia para la discriminación cuando ésta está arraigada en una determinada estructura social. Además, no tiene una función exclusivamente resarcitoria de las víctimas actuales de la discriminación; tiene un objetivo claro de reequilibrio y redistribución de las oportunidades entre los géneros, entre las razas, entre las diferentes capacidades, etcétera, a través de un trato preferencial que implique el aumento de presencia de un grupo infrarrepresentado en una determinada

posición profesional, siempre y cuando se da una igualdad de capacitación entre los candidatos.

Por último, es importante destacar que la discriminación positiva es entendida como un tratamiento preferencial en algunos campos como la promoción y contratación laboral. Ese elemento preferente es solo un elemento de la acción positiva.

Así, una técnica distinta de las acciones positivas es la discriminación positiva o inversa que adopta típicamente la forma de cuota (Rey Martínez).

A través de las discriminaciones positivas se establece una reserva rígida de un mínimo garantizado de plazas, particularmente escasas y disputadas (de trabajo, de puestos electorales, de acceso a la función pública o a la universidad, etcétera), asignando un número o porcentaje en beneficio de ciertos grupos socialmente en desventaja, a los que se quiere favorecer.

Caracteres de la discriminación positiva:

a) Se establecen para supuestos muy concretos de discriminación racial, sexual, derivadas de discapacidades físicas o psíquicas; es decir, discriminaciones caracterizadas por ser transparentes e inmodificables para los individuos que las sufren, que son considerados por la sociedad de forma negativa o inferior;

b) Se producen en contextos de "especial escasez", es decir, puestos de trabajo, listas electorales, etcétera;

c) No dejan de ser discriminaciones directas; es decir, un trato diferente y perjudicial únicamente o razón del sexo, raza, etcétera.

De esta manera, tenemos:

a) Que mientras las acciones positivas son deberes de los poderes públicos, las cuotas son una herramienta que tienen los poderes públicos en determinados casos y bajo ciertas condiciones, y que pueden o no actuar, o hacerlo de un modo u otro;

b) Necesidad: solo podrá acudirse a la regulación por cuotas cuando no sea posible lograr el mismo objetivo de equiparación en un sector social determinado y en un tiempo razonable a través de las medidas menos extremas de acción positiva;

c) Objetividad: habrá de acreditarse objetiva y fehacientemente (a través de estadísticas comparativas) la desigualdad de hecho arraigada y profunda en el ámbito concreto de la realidad social de que se trate;

d) Transitoriedad: la cuota tiene, por naturaleza, carácter transitorio. Su establecimiento y duración deberá limitarse estrictamente al periodo de tiempo necesario para lograr la igualación de las condiciones de vida entre hombres y mujeres en el sector social donde el colectivo femenino estuviera subrepresentado;

e) Legalidad: por afectar a una materia tan sensible para el Estado de derecho como son los derechos fundamentales, las discriminaciones positivas en el derecho público solo podrían establecerse por ley.

En definitiva, las discriminaciones positivas son siempre en realidad, y a pesar de su finalidad presuntamente benigna (la igualdad de oportunidades de

las mujeres), discriminaciones directas; es decir, tratamientos jurídicos distintos y perjudiciales para alguien en razón de su sexo, por ejemplo.

Por el contrario, las medidas de acción positiva ni constituyen un trato perjudicial (aunque sea diferente) hacia los varones, por ejemplo, ni constituyen una excepción de la igualdad, sino, precisamente, una manifestación cualificada de la misma.

Nuria González Martín

Aclaración de la jurisprudencia

La figura de aclaración de la jurisprudencia no se encontraba prevista expresamente en la Ley de Amparo del 10 de enero de 1936, con lo que fue desarrollada en el sistema jurídico mexicano por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de diversos criterios.

Al respecto, se tiene que la aclaración de la jurisprudencia surge con motivo de alguna inexactitud o imprecisión que se refleja en alguna jurisprudencia, lo que implica la necesidad de realizar algún ajuste en la redacción de la misma.

A diferencia de la modificación de la jurisprudencia, la cual surge con motivo del replanteamiento del fondo de un criterio jurisprudencial, en el supuesto de la aclaración de la jurisprudencia lo que se busca es que en la misma se refleje adecuadamente el criterio aprobado; es decir, la aclaración no tiene el alcance de estudiar si el criterio es correcto o no, sino de analizar la exactitud de la jurisprudencia en relación con el mismo.

De esta forma, la Suprema Corte consideró que si bien los tribunales colegiados de circuito y los magistrados que los integraban carecían de legitimación para solicitar directamente ante el Pleno y salas del máximo tribunal la aclaración o corrección de una tesis de jurisprudencia, pues les correspondía a estos últimos realizarlo de manera oficiosa, lo procedente era que lo comunicaran a cualquiera de los ministros integrantes del órgano emisor del criterio, de preferencia el ponente, para que de considerarlo apropiado realizara el planteamiento ante la Sala o el Pleno.

Con motivo de la Ley de Amparo, del 2 de abril de 2013, la Suprema Corte de Justicia ha destacado que tanto la aclaración de jurisprudencia como la modificación y sustitución de un criterio se encuentran subsumidos en una sola figura denominada “sustitución de jurisprudencia”, y es bajo las reglas que la rigen como se debe tramitar la aclaración respectiva.

En este sentido, de conformidad con el art. 230 de la ley de la materia, en lo que interesa, se tienen las siguientes reglas sobre la sustitución de jurisprudencia:

— Cualquier tribunal colegiado de circuito, previa petición de alguno de sus integrantes, con motivo de un caso resuelto, puede solicitar al pleno de circuito al que pertenezca, que sustituya la jurisprudencia que por contradicción haya establecido, expresando las razones correspondientes. Los plenos de circuito pueden sustituir la jurisprudencia con la aprobación al menos de las dos terceras partes de los magistrados que los integran.

— Cualquiera de los plenos de circuito, previa petición de alguno de los magistrados de los tribunales colegiados de su circuito, con motivo de un caso resuelto, pueden solicitar al Pleno de la Suprema Corte, o a la Sala correspondiente, que sustituya la jurisprudencia que hayan establecido, expresando las razones correspondientes. La solicitud de los plenos de circuito debe ser aprobada por la mayoría de sus integrantes.

— Cualquiera de las Salas de la Suprema Corte de Justicia, con motivo de la petición de alguno de los ministros y de un caso resuelto, pueden solicitar al Pleno que sustituya la jurisprudencia que haya establecido, expresando las razones correspondientes. La solicitud debe ser aprobada por la mayoría de los integrantes de la Sala.

Para que el Pleno de la Suprema Corte sustituya la jurisprudencia se requiere una mayoría de cuando menos ocho votos; asimismo, debe destacarse que esta resolución no afecta las situaciones jurídicas que derivaron de los juicios en los que se dictaron las sentencias que integraron la jurisprudencia.

Mauricio Lara Guadarrama

Activismo judicial

Expresión acuñada en los Estados Unidos de América (*judicial activism*) para referirse a la disposición de jueces y tribunales a hacer uso de una interpretación expansiva, encaminada ya sea a ampliar el ejercicio de los derechos constitucionales de los ciudadanos o a lograr determinados cambios y resultados de política pública. Jurídicamente, el activismo judicial se traduce con frecuencia en la declaración de inconstitucionalidad de leyes y actos de autoridad, o en la interrupción o modificación de criterios de interpretación establecidos y confirmados.

Dado que el activismo judicial implica, necesariamente, una dimensión política en la interpretación judicial, el uso de la expresión tiene connotaciones polémicas. Para los críticos de esta dimensión de la función judicial —generalmente grupos "conservadores" o de "derecha"— el activismo judicial es ilegítimo, porque los jueces y tribunales no se circunscriben a la interpretación limitada y razonable de ley o la Constitución, sino que pretenden "crear derecho nuevo". Igualmente, consideran que el activismo judicial se manifiesta en que los jueces y tribunales no se limitan a resolver las cuestiones que se les ha planteado en un asunto concreto, sino que las exceden por razones de interés personal o ideología política. En ambos casos, se extralimitan en el ejercicio de sus facultades, e invaden el ámbito de poder legítimo de los legisladores y otros órganos del Estado. Sin embargo, puede haber también un activismo judicial de signo "conservador", dirigido a suprimir o modificar las "conquistas" de la "izquierda", así como a restablecer situaciones jurídicas del pasado. Desde esta perspectiva, se ha llegado a decir que "activismo judicial" es sencillamente el calificativo que las personas dan a las resoluciones judiciales que no son de su agrado.

El activismo judicial es un fenómeno típico de las condiciones en que se ejerce la función judicial en las sociedades contemporáneas. Como conse-

cuencia de la ideología de la Revolución francesa, en la mayoría de los países de la tradición jurídica romanista estuvo vigente durante el siglo XIX, y buena parte del XX, la idea de que los jueces solamente *aplican* la ley, sin interpretar ni cambiar su sentido, pues ello corresponde al legislador. En los países del *common law*, si bien se reconoce a los jueces un papel mucho más prominente, tradicionalmente se había considerado que su función consistía solamente en "descubrir" el derecho ya existente, no en crearlo. Sin embargo, la complejidad creciente del orden jurídico, debida en buena medida al surgimiento del Estado interventor o de bienestar, ha inducido también un cambio en los parámetros de ejercicio de la jurisdicción, la cual se ha tenido que volver activa, no en el sentido de que pueda actuar por sí misma y sin intervención de las partes, sino en el de que tiene que encontrar soluciones a los nuevos y difíciles problemas de la política pública a partir de la adaptación y reinterpretación de las leyes vigentes. En muchos casos la intervención de los tribunales en tales problemas se debe a que los demás órganos del Estado no tienen interés en resolverlos o lo han hecho de manera deficiente.

Esta nueva dimensión de la función judicial se ha manifestado sobre todo en el desarrollo de la jurisdicción constitucional a partir de la segunda mitad del siglo XX, dadas sus evidentes implicaciones políticas, pero puede observarse también en todos los niveles y ramas de la justicia ordinaria. Un buen ejemplo de ello es la política que, de manera espontánea e independiente, siguieron los jueces federales norteamericanos desde mediados de los años sesenta para reformar las prisiones en los Estados Unidos, particularmente en los estados del sur, ante la indiferencia y el descuido del tema por parte de los otros dos poderes (Malcolm M. Feeley y Edward L. Rubin, *Judicial Policy Making and the Modern State. How the Courts Reformed America's Prisons*, 2000). En este sentido, los estudiosos consideran que los tribunales son capaces de tomar decisiones de política pública en términos que no son distintos de los que siguen las demás instituciones, es decir, que no pueden explicarse como "aplicación de la ley".

Como ya se señaló, el activismo judicial se ha manifestado sobre todo en el campo de los *derechos humanos* o *fundamentales*. En este sentido, son emblemáticas algunas sentencias de la Suprema Corte de los Estados Unidos, como *Brown v. Board of Education* (1954), la cual ordenó la desegregación racial en las escuelas de ese país, o *Roe v. Wade* (1973), que reconoció a las mujeres el derecho a interrumpir libremente su embarazo durante el primer trimestre, a partir de un "derecho constitucional a la privacía" de construcción jurisprudencial. Esta última sentencia continúa vigente, a pesar de que ha sido muy criticada por carecer de un fundamento constitucional explícito y no obstante que una integración más conservadora de la Corte la ha matizado de manera importante. Ello se debe igualmente a que han resultado infructuosos los intentos de revertirla mediante reforma constitucional. También las supremas cortes de Canadá, la India e Israel, por señalar otros ejemplos, han sido alabadas, o criticadas, por el activismo que han desplegado en la expansión de los derechos de sus respectivos ordenamientos constitucionales.

Los tribunales internacionales y supranacionales también han adoptado orientaciones que se podrían considerar "activistas". En el campo de los de-

rechos humanos se reconoce que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, más recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han adoptado resoluciones de avanzada, que no siempre han sido fácilmente aceptadas por los países de la región. La Corte Interamericana, particularmente, se ha significado por el dictado de medidas de reparación que no están encaminadas solamente a compensar el daño de las víctimas en un caso en particular, sino que pretenden generar medidas y políticas más amplias por parte del Estado ofensor, de modo que se elimine la causa estructural de las violaciones de derechos humanos y no solamente sus efectos. Igualmente, su doctrina del "control de convencionalidad", conforme a la cual todas las autoridades, particularmente las judiciales, tienen la obligación de controlar la conformidad de su actuación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tiene claras implicaciones de "activismo judicial". En otro terreno, otro tribunal activista es el Tribunal Europeo de Justicia, al cual se reconoce un importante papel como promotor de la integración de la actual Unión Europea; por ejemplo, gracias a la doctrina de la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho interno de sus países integrantes.

En México no existe todavía una discusión desarrollada sobre el activismo judicial, dado que los jueces y tribunales mexicanos, encabezados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, apenas están asumiendo algunas de las funciones de política pública que la judicatura ya despliega en otras partes. Si acaso, se había criticado a la Suprema Corte de Justicia por no otorgar un lugar más importante a los derechos fundamentales en su actuación. Desde hace algunos años se percibe un cambio en este sentido, si bien en la propia Corte conviven diversas visiones sobre el alcance que debe tener su labor interpretativa en esta materia. No hay duda, sin embargo, que la aceptación, por el Poder Judicial mexicano, de la doctrina del "control de convencionalidad" de la Corte Interamericana tendrá, a largo plazo, un considerable impacto en "activar" a la judicatura mexicana.

Héctor Fix-Fierro

Actuario judicial

De acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*, la palabra "actuario" proviene del latín *actuarĭus*, y se refiere a la labor de una persona que interviene con fe pública en la tramitación de los autos procesales.

En el ámbito del derecho procesal, la actividad del actuario judicial se relaciona con los profesionales de la administración de justicia, que por disposición legal se encuentran investidos de fe pública.

En el ejercicio de las funciones de la judicatura, estos servidores públicos están facultados para realizar notificaciones personales, oficiosas, por lista y/o electrónicas a las partes que intervienen en el juicio de amparo, en las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad.

Es importante recordar que una notificación es una comunicación oficial o resolución judicial que, con carácter formal, es emitida por un juez. Tales actuaciones procesales tienen por objeto enterar a las partes del contenido de los proveídos judiciales en sus oficinas, domicilio o lugar en que se encuentren;

para ello, el actuario judicial debe constituirse en los lugares previamente señalados en autos y hacer constar el nombre de la persona con quien se entienda la diligencia y, en su caso, si se negara a firmar el acta o a recibir el oficio.

La labor del actuario judicial es de vital importancia para la seguridad jurídica de las partes, así como para el debido desarrollo de los juicios, ya que debe buscar a la persona a notificar, cerciorarse de su identidad, hacerle saber el número de expediente y el órgano jurisdiccional que la ordena, y finalmente, entregarle copia autorizada de la resolución y, en su caso, de los documentos que se le anexen.

No obstante lo anterior, los actuarios judiciales no son los únicos que se encuentran investidos de fe pública. Por ejemplo, los secretarios de juzgado tienen que recibir por sí o por conducto de la oficialía de partes los escritos o promociones que presenten las partes; anotar al calce la razón del día y la hora de presentación, expresando el número de hojas que contengan los documentos que se acompañen; asentar razón idéntica en la copia, con la firma del que recibe el escrito y el sello del juzgado o tribunal, para que quede en poder del interesado; autorizar los despachos, exhortos, actas, diligencias y autos, así como toda clase de resoluciones dictadas; registrar puntualmente en los expedientes las certificaciones, constancias y demás razones que la ley o el superior ordene; expedir las copias que la ley determine o deban darse a las partes en virtud de mandamiento judicial; recoger, guardar e inventariar los expedientes; efectuar, en el tribunal o juzgado, las notificaciones que les encomiende la ley o entregar para el mismo objeto los expedientes al notificador o, en su caso, al ejecutor.

Hiram Raúl Piña Libien

Acuerdo de turno

En el ámbito del derecho procesal mexicano, esta voz se refiere a las determinaciones correspondientes a la recepción, registro y turno de los asuntos y promociones competencia de los tribunales. Para tal efecto, se establecen diferentes oficinas de correspondencia común, cuya finalidad es instaurar un sistema de distribución de expedientes de forma ordenada, para evitar que la carga de trabajo de los juzgados se acumule en un solo órgano jurisdiccional. Para tales fines, se emplean sistemas computarizados o aleatorios para el registro de los mismos.

En el ámbito de la Federación, el Consejo de la Judicatura del Poder Judicial de la Federación, a través del Acuerdo General 13/2007, regula el funcionamiento, supervisión y control de las oficinas de correspondencia común de los tribunales de circuito y juzgados de distrito del Poder Judicial de la Federación. Con la finalidad de aprovechar el conocimiento previo del asunto, por parte del titular o titulares de los órganos jurisdiccionales, así como evitar resoluciones contradictorias, ha establecido reglas para el turno de casos relacionados.

En el supuesto de no estar de acuerdo con la determinación, el órgano jurisdiccional al cual se le remite el asunto puede enviarlo al que considere que debe conocer del mismo, y de no aceptarlo este último, podrá plantear

el conflicto de turno ante la Comisión de Creación de Nuevos Órganos del Consejo de la Judicatura Federal.

Para dar mayor celeridad a la impartición de justicia y preservar las garantías del art. 17 constitucional, al plantear los conflictos de turno, los órganos jurisdiccionales suspenden los procesos o procedimientos jurisdiccionales.

Al suprimirse los conflictos de turno, en el caso de que el sistema remita un expediente a un órgano jurisdiccional conforme a los criterios de relación autorizados, y este último estime que no lo está, entonces deberá considerarlo como un turno aleatorio y continuar con la tramitación del mismo, en cuanto tenga competencia legal para ello.

En suma, el turno es una forma de distribuir los expedientes entre varios tribunales que tienen igual circunscripción territorial de competencia, ya sea por materia o grado, bajo criterios de equidad y proporcionalidad de cargas de trabajo y de acceso a la justicia.

Hiram Raúl Piña Libien

Acuerdos de trámite

En el ámbito de la pragmática del derecho procesal constitucional mexicano, se identifica a esta voz con las determinaciones correspondientes a la admisión, trámite y resolución del juicio de amparo, de las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad; sin embargo, es importante señalar que en la legislación correspondiente a cada una de ellas no se le precisa con exactitud, por lo que, a fin de hallarla, es necesario efectuar un exhaustivo ejercicio de revisión de la normatividad aplicable.

Por ejemplo, en el art. 104 de la Ley de Amparo se prevé que el recurso de reclamación procede en contra de los acuerdos de trámite dictados por el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o por los presidentes de sus salas o de los tribunales colegiados de circuito.

Otro ejemplo de ello es la atribución del presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para designar ministros, en el caso de que una de las salas requiera integrarse con miembros de la otra, esto solamente sucede cuando dos o más ministros se manifiestan impedidos para conocer de un asunto.

En el caso de las controversias constitucionales y de las acciones de inconstitucionalidad, particularmente en la etapa de instrucción, el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación designa, según el turno que corresponda, a un ministro instructor, a fin de que ponga el proceso en estado de resolución.

Por cuanto hace a los presidentes de las salas y a los presidentes de los tribunales colegiados de circuito, de forma genérica se establece que cuentan con atribuciones para dictar los trámites que procedan en los asuntos de competencia de la sala o tribunal respectivo, hasta ponerlos en estado de resolución.

Hiram Raúl Piña Libien

Adopción internacional

Por adopción entendemos aquella figura jurídica mediante la cual se terminan los vínculos paterno-filiales o de parentesco de un niño, niña o adolescente con su familia de origen para trasladarlos a una familia adoptiva, con la finalidad de velar por el interés superior del menor, traducido en el vivir dentro de un seno familiar.

La adopción es un acto jurídico que crea entre adoptante(s) y adoptado(s) un vínculo de parentesco civil del que se derivan relaciones análogas a las que resultan de la paternidad y filiación legítimas. La adopción tiene como fin incorporar al adoptado a una familia de manera plena, en la situación de hijo biológico, y lograr de esa manera la formación y educación integral del adoptado.

Históricamente, la filiación biológica era la esencia de las relaciones jurídicas entre padres e hijos; la adopción se contemplaba como algo residual, extremo; proporcionaba formas de perpetuar líneas sucesorias y bienes familiares, con escasas ventajas para el adoptado. En la actualidad, la adopción nacional y la internacional se han convertido en realidades con un pronunciamiento inequívoco en favor del interés superior del menor.

Con la aparición de los diferentes instrumentos internacionales de protección del menor, se concibe a la adopción internacional como una medida de protección y bienestar que permite a los niños, huérfanos o abandonados beneficiarse de una familia permanente, buscando siempre el multimencionado interés superior del menor.

La adopción internacional tiene su marco jurídico en dos convenciones internacionales, una de ámbito universal, a saber: la Convención de La Haya de 29 de mayo de 1993, sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional (en adelante Convenio de La Haya de 1993, y otra de ámbito regional, es decir, la Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores, firmada en La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984 (CIDIP-III) (en adelante Convención Interamericana de 1984). De esta manera, se define la adopción internacional como aquella en que el niño y los adoptantes tienen su residencia habitual en diferentes Estados. En este tenor, el art. 2o., párrafo primero, del Convenio de La Haya, expresa lo siguiente: "1. La Convención se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante ('el Estado de origen') ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante ('el Estado de recepción'), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen".

En definitiva, una adopción internacional tiene lugar cuando un niño cuya residencia habitual se encuentra en un Estado —Estado de origen o Estado de emisión— ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante —Estado de recepción—, bien después de su adopción en el Estado de origen, por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen.

De esta manera, prácticamente textual, se define a la adopción por parte de las normas internacionales en donde destacamos que las diferentes residencias habituales entre adoptado/s y adoptante/s será el punto de contacto o conexión, y por lo tanto el elemento de internacionalidad que da la connotación de adopción internacional. No importa ni la nacionalidad del adoptado o adoptados y adoptante o adoptantes ni el domicilio de ambos, sino la residencia habitual en Estados partes diferentes.

La residencia habitual es un concepto que ha cobrado un interés fundamental para la determinación de esta figura jurídica, y de ahí que la tendencia tanto de las legislaciones, fundamentalmente las internacionales, y las jurisprudencias se decanten por atribuirle un concepto de facto, de hecho, y no de derecho, dejando a cada Estado parte que determine para él qué entiende por residencia habitual.

Por otra parte, a través del principio de subsidiariedad se establece un orden preferencial para otorgar una familia a un niño que no la tiene; tenemos, entonces, la base del mejor interés del niño, niña o adolescente, al prever a la familia biológica como el mejor medio para el desarrollo del niño, y en caso de que no se pueda dar esta situación, por razones de diversa índole y calado, buscar una familia sustituta a través de la adopción nacional, evitando el desarraigo del menor de su país de origen, y en última instancia la búsqueda de una familia en otro país a través de una adopción internacional.

El Convenio de La Haya de 1993, un convenio de cooperación internacional entre autoridades, tiene por excelencia un contenido basado en:

La designación de autoridades centrales en cada uno de los Estados parte coordinadas entre ellas; 2. El establecimiento de un procedimiento de cooperación; 3. Un mecanismo útil y sencillo de tramitación de los expedientes, y 4. Un sistema de reconocimiento recíproco de decisiones.

Por lo que se refiere a la competencia, derecho aplicable y por lo tanto los requisitos para el adoptante, adoptando, el consentimiento y efectos de la adopción se regulan en la Convención Interamericana de 1984 mencionada.

De esta manera, para la competencia judicial internacional se establece a través de dicha normativa convencional: 1. Será competente para el otorgamiento de la adopción la autoridad del Estado de la residencia habitual del adoptado (art. 15); 2. Será competente, igualmente, para decidir sobre su anulación o revocación, la autoridad de la residencia habitual del adoptado al momento del otorgamiento de la adopción (art. 16, primer párrafo); 3. Será competente, por otra parte, para decidir la conversión de la adopción simple en plena o legitimación adoptiva o figuras afines, alternativamente y a elección del actor, la autoridad del Estado de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción o la del Estado donde tenga domicilio el adoptante, o la del Estado donde tenga domicilio el adoptado cuando tenga domicilio propio, al momento de pedirse la conversión (art. 16, segundo párrafo); 4. Serán competentes para decidir las cuestiones relativas a las relaciones entre adoptado y adoptante y la familia de éste, los jueces (autoridades) del Estado del domicilio del adoptante mientras el adoptado no constituya domicilio propio. A partir del momento en que el adoptado tenga domicilio propio

será competente, a elección del actor, el juez del domicilio del adoptado o del adoptante (art. 17).

Igualmente, la Convención Interamericana de 1984 establece el derecho aplicable, y así: 1. El art. 3 expresa que la ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptados, así como cuáles son los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarias para la constitución del vínculo; 2. El art. 4 establece la ley del domicilio del adoptante o adoptantes regirá: la capacidad para ser adoptante, los requisitos de edad y estado civil del adoptante, el consentimiento del cónyuge del adoptante, si fuera el caso, y los demás requisitos para ser adoptante. Además, en la parte final de este art. 4 se establece una especie de cláusula de cierre denotativa de la prioridad hacia la protección internacional del menor, al expresar que “en el supuesto de que los requisitos de la ley del adoptante (o adoptantes) sea manifiestamente menos estrictos a los señalados por la ley de la residencia habitual del adoptado, regirá la ley de éste”; 3. El art. 9, en relación con las adopciones plenas, la legitimación adoptiva y figuras afines, las relaciones entre adoptante y adoptado, inclusive las alimentarias, y las del adoptado con la familia del adoptante, se regirán por la misma ley que rige las relaciones del adoptante con su familia legítima. No obstante, el art. 9, párrafo b, estipula: “los vínculos del adoptado con su familia de origen se considerarán disueltos. Sin embargo, subsistirán los impedimentos para contraer matrimonio”; 4. El art. 11 se refiere a los derechos sucesorios, y así determina que se regirán por las normas aplicables a las sucesiones de cada una de las partes; 5. El art. 13, relativo a la posibilidad de la conversión de la adopción simple en plena o legitimación adoptiva o instituciones afines, establece que dicha conversión se regirá, a elección del actor, por la ley de la residencia habitual del adoptado, al momento de la adopción, o por la ley del Estado donde tenga su domicilio el adoptante al momento de pedirse la conversión; 6. El art. 14 cubre el supuesto de la anulación de la adopción, la cual se regirá por la ley de su otorgamiento.

Nuria González Martín

Alegatos en las controversias constitucionales

Como en la generalidad de los procesos, los alegatos en las controversias constitucionales (en lo sucesivo “CC”) son la penúltima fase del proceso judicial. La fase de alegatos, según la materia del proceso de que se trate, podrá ser un periodo determinado (días u horas) o concretarse en un solo acto y/o audiencia en la que estén presentes las partes y el juzgador. Los procesos en general inician con una (i) primera parte expositiva, postulartoria o polémica entre las partes (demanda y contestación); luego, (ii) una segunda fase probatoria o demostrativa (admisión y desahogo de pruebas); seguida por (iii) una tercera fase de alegatos, y (iv) culminan con una fase resolutiva, consistente en el dictado de la sentencia (Fix-Zamudio y Ovalle Favela, 1991).

Siguiendo a dichos procesalistas, los alegatos son la exposición oral y/o escrita de los argumentos de las partes sobre sus respectivas pretensiones y excepciones, y que resulan aplicables los preceptos jurídicos invocados en apoyo

de las mismas. Se presentan en ese estadio del juicio, pues, a diferencia de lo que se expone en los escritos inicial (demanda y contestación de demanda), en los alegatos —es su teleología—, las partes pueden hacer referencia a todo lo ventilado y desahogado en el juicio, de modo que redondeen su posición y den así al juzgador mayores y últimos insumos argumentales a considerar (Ovalle Favela, 2003). Se diferencian de la primera etapa (expositiva), en que ya no se trata de expresar la pretensión, los hechos o el derecho base de la acción; eso ya quedaría fijado y establecido desde ese momento; de modo que no son ocasión en la que valga ampliar las pretensiones o hacer valer excepciones que en su momento no se hicieron, menos aún ofrecer mayores pruebas. Debe ser, se insiste, ocasión de redondear las posiciones y conclusiones a las que arriban las partes una vez que se ha desahogado el proceso y previo a la última ponderación que hará el juzgador para dictar sentencia.

Conforme a la jurisprudencia, los alegatos son un acto o fase dentro del proceso judicial que materializa el derecho fundamental o garantía de audiencia que tienen las partes de ser oídos antes de que se dicte la correspondiente sentencia en el juicio y son parte elemental también del derecho al debido proceso (Tesis: P./J. 47/95, identificable con número de registro 200234 y rubro: "Formalidades esenciales del procedimiento. Son las que garantizan una adecuada y oportuna defensa previa al acto privativo").

En el caso de la CC, la estructura de su proceso no presenta variación importante de la estructura general antes presentada que valga la pena destacar o diferenciar para estos efectos, de ahí que lo postulado por la teoría general del proceso para tal fase o acto procesal resulte aplicable. Lo que sí podría especificarse es que en este tipo de juicios los alegatos deben ser presentados en cierto momento y forma; a saber: (i) por escrito y (ii) en la audiencia del juicio, que se celebra hacia el final de su instrucción (art. 34 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional), cual si fueran a su vez una fase o parte de la misma.

La práctica permite advertir que, como sucede también en otras materias, los alegatos en CC se han convertido en un acto procesal de poca trascendencia o relevancia en el juicio mismo. Esto se dice por varias razones. Primero, porque generalmente se trata de un escrito en el que se reitera o insiste en lo dicho en la demanda o contestación de demanda, más que avanzar argumentos en torno a lo que se desahogó durante el proceso. Segundo, por lo mismo, más que fomentarse un diálogo entre las partes y/o entre las partes y su juez, se materializa en la mera entrega de un escrito a un funcionario judicial que no será quien decida su caso, lo que sucede en mucho debido a la forma y momento en que se pide que se ofrezcan (aun cuando la legislación refiere que los alegatos sean entregados en la audiencia, éstas, por razones obvias, generalmente son llevadas a cabo sin la presencia física del ministro instructor). Tercero, porque hay criterio en el sentido de que la litis del juicio se fija con la demanda y su contestación, que no pueden ni deben tomarse en consideración al resolver lo dicho en los alegatos, salvo en lo que se refieran a la "mejor prueba" (tesis: P./J. 39/96, localizable con número de registro 200106, cuya literalidad es: "Controversias constitucionales. Los alegatos en estas no forman parte de la litis. Los argumentos que, a título de alegatos,

esgriman las partes en las controversias constitucionales no son constitutivos de la litis planteada, dado que ésta se cierra con la demanda y su correspondiente contestación, salvo el caso en que la primera se amplíe, supuesto en el cual la respuesta respectiva operará en igual sentido, sobre todo cuando no se refieran a la mejor prueba. En otras palabras, no cabe en las controversias constitucionales examinar las cuestiones de alegatos que sean ajenas a la mejor prueba, y esto no implica transgresión a ningún derecho procesal"), lo que ha llevado a que, siendo pocas las ocasiones en que hay un auténtico debate probatorio o problemas de hechos, puedan resultar prácticamente prescindibles. Ciertamente, los alegatos no forman parte de la litis, pues ésta queda integrada desde la fase inicial del proceso; pero de ahí a que no deba ser considerado lo que se exprese en dichos escritos hay un largo trecho aún no zanjado jurisprudencialmente. Todo esto merma mucho la potencial valía jurídica que podrían representar los alegatos para la mejor resolucion de estos juicios. La revisión de las sentencias dictadas en este tipo de juicios permite advertir que es prácticamente nula la referencia que se hace en éstas a lo dicho en los escritos de alegatos de las partes, con todo y que los arts. 39 y 40 de la Ley Reglamentaria obligan a suplir la deficiencia de "… la demanda, contestación, *alegatos* o agravios…".

Aunado a lo antes dicho, puede señalarse que en la práctica se ha venido generando una especie de fase de alegatos informal o extraprocesal en CC. Esta práctica consiste en que las partes del juicio (e incluso a veces quienes no son en términos estrictamente técnicos "partes" del juicio) acuden personalmente a procurar a los ministros, tanto al instructor como a los demás integrantes de la SCJN, para solicitarles audiencia en la que puedan formular los llamados "alegatos de oreja". Éstos son simplemente argumentos o alegatos verbales que se hacen en reuniones prácticamente privadas, en tanto son a modo de citas o entrevistas entre el ministro de que se trate y la parte solicitante. Es práctica, también frecuente, que las partes dejen en tales oficinas sus argumentos o un resumen de los mismos en documentos escritos que se refieren como "memorándums". Estos documentos escritos no se integran a los expedientes en tanto comunicación informal con el tribunal y sus miembros. Es importante mencionar estas prácticas aquí, porque, en cierto sentido y amén de su informalidad o imprevisión legal, vienen a cumplir (extraprocesalmente) con la función que (procesalmente) tendrían que cumplir los alegatos que deben rendirse ante la audiencia y el ministro instructor. A diferencia de los alegatos formales, que se deben presentar antes del cierre de instrucción, estos alegatos extraprocesales se presentan más frecuentemente en el periodo que transcurre entre el cierre de la instrucción y la resolución final del juicio; aun cuando en ocasiones también se presentan durante la instrucción del juicio.

María Amparo Hernández Chong Cuy

Ámbitos competenciales

En un sentido jurídico general, el concepto se refiere a la esfera de facultades o atribuciones que tiene un órgano del Estado para desempeñar ciertas funciones o realizar determinados actos jurídicos. Como ha señalado Hans

Kelsen, uno de los principales problemas relativos al Estado tiene que ver con la "imputación". El Estado es un punto común de imputación de diferentes acciones humanas. Los individuos cuyas acciones se atribuyen o imputan al Estado son los llamados "órganos" del Estado.

Ahora bien, el criterio en que tal imputación se basa corresponde en una forma específica al propio orden jurídico. Es decir, la imputación de una acción humana al Estado solo es posible en su vinculación con el orden jurídico. De esta forma, se dice que el Estado crea nuevas normas jurídicas a través de la acción de ciertos órganos facultados para tal efecto por el propio orden jurídico. El conjunto de atribuciones de cada órgano conforma su ámbito de competencias.

En el Estado constitucional y democrático de derecho, el derecho constitucional sienta las bases normativas más generales que se refieren a la estructura de órganos del Estado, a sus ámbitos competenciales, a las relaciones entre los órganos estatales y sus límites frente a los gobernados. Pero el desarrollo de esas bases normativas generales se da a través de leyes. Por ejemplo, en relación con los órganos del Poder Ejecutivo, la Constitución solamente establece las bases principales de su organización, pero no llega al detalle de la misma. El Ejecutivo (y también los poderes Legislativo y Judicial) requiere para su funcionamiento de una multiplicidad de órganos secundarios, entre los que necesariamente deben existir las relaciones indispensables para conservar la unidad del poder del que forman parte. Asimismo, el desarrollo legislativo que se haga de las referidas competencias de los órganos del Estado debe respetar las bases normativas constitucionales respectivas.

El mecanismo de justicia constitucional al que por excelencia le corresponde proteger el ámbito de competencias constitucionales de los órganos del Estado mexicano es el de las llamadas "controversias constitucionales" contempladas en el art. 105.I de la Constitución. Originalmente, la Constitución de 1917 otorgó a la Suprema Corte la facultad de "conocer de las controversias que se susciten entre dos o más Estados, entre los Poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos, y de los conflictos entre la Federación y uno o más estados, así como de aquellas en que la Federación fuese parte". No obstante, esta cláusula tenía un alcance muy limitado, ya que no incluía, por ejemplo, la hipótesis de conflictos en que los municipios o el Distrito Federal estuvieran involucrados. La reforma constitucional del 31 de diciembre de 1994 amplió el alcance del art. 105, al incluir todo tipo de conflicto de competencia que pueda surgir entre las diferentes ramas de gobierno federal y entre los distintos niveles de gobierno de nuestro sistema federal.

En este tema, es interesante examinar la decisión de la Suprema Corte de Justicia en el "Caso Temixco" (SCJN, Controversia constitucional 31/97, *Semanario Judicial de la Federación*, 9a. época, Pleno, t. XI, enero de 2000, (Ayuntamiento del Municipio de Temixco, *vs*. Gobernador y Congreso del Estado de Morelos), porque en ella se establecieron una serie de definiciones fundamentales en relación no solamente con la forma en que la Corte entiende la distribución de competencias del sistema federal mexicano, sino también cómo concibe sus propias facultades para impartir justicia constitucional.

En este caso, la Corte tuvo que responder la pregunta de si el control de la regularidad constitucional ejercido por vía de las controversias constitucionales se limitaba a casos de invasión de esferas competenciales o si autorizaba el examen de todo tipo de violaciones a la Constitución general de la República (la parte actora, el municipio de Temixco, Morelos, alegaba la violación en su perjuicio de las "garantías individuales" contenidas en los artículos 14 y 16 de la Constitución).

Ante esta pregunta, hubo ministros que a lo largo del debate insistieron en la necesidad de aplicar al caso en discusión el criterio que en reiteradas ocasiones había sostenido el Pleno de la Corte, en el sentido de que las controversias constitucionales solamente podían plantearse por invasión de esferas. Por tanto, si la demanda no hacía lo propio, debía reputarse improcedente. Por su parte, otros ministros sostuvieron la opinión de que las controversias constitucionales podían perfectamente ser procedentes más allá de la mera invasión de esferas, toda vez que debían ser consideradas como un medio de defensa de la Constitución, y no solamente de la parte orgánica de la misma.

José Ma. Serna de la Garza

Amicus curiae (amigo del Tribunal o de la Corte)

En un acercamiento conceptual primario y básico, se trata de un tercero o persona ajena a un proceso en el que se debaten cuestiones con impacto o trascendencia públicos, que al contar con reconocidas trayectoria e idoneidad en el asunto en examen presenta al tribunal interviniente consideraciones jurídicas u otro tipo de referencias sobre la materia del litigio, a través de un documento o informe. Puede por ejemplo suministrar consideraciones relativas a principios y elementos de derecho interno y/o internacional de relevancia, o bien información estadística, económica, histórica o de otra índole útil para la resolución del caso.

Se ha discutido sobre el origen del instituto, y si bien algunos autores lo ubican en el derecho romano (por ejemplo, Cueto Rúa), otros lo sitúan directamente en el Reino Unido (*v. gr.* Salinas Ruiz). Lo cierto es que fue en el derecho inglés donde se delinearon embrionariamente los perfiles de la figura tal como es hoy conocida, siendo posteriormente receptada y desarrollada en el escenario jurídico de EE.UU. de Norteamérica y en otros países de habla (o influencia) inglesa donde impera el *common law*; por ejemplo, su consagración en las Reglas (*Rules*) de la Suprema Corte de Justicia Canadá, su similar de India, la *High Court* de Nueva Zelanda y, jurisprudencialmente, en Australia (precedente 'Lange vs. ABC', S 108/116 [Umbricht]).

Los rasgos salientes del *amicus curiae*, y siempre dejando a buen resguardo las particularidades que puede exhibir cada contexto jurídico específico, muestran que están facultadas para comparecer en tal calidad las personas físicas (de existencia real) o jurídicas (morales o de existencia ideal), siempre que acrediten una significativa competencia en la temática en examen en el proceso; no revisten carácter de parte ni mediatizan, desplazan o reemplazan a éstas; su intervención no debe confundirse con la de un perito o de un consultor técnico; su actividad consiste en expresar una opinión fundada sobre la

cuestión debatida, debiendo explicitar el interés que ostentan en la decisión que recaerá para poner fin al asunto, y su comparendo no vincula al tribunal actuante ni genera costas u honorarios.

El instituto es extensamente conocido en distintas instancias internacionales. Así, y con mayor o menor nivel de utilización, están presentes en la praxis de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; los órganos de supervisión del sistema africano de protección de derechos humanos; el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia; los paneles y el Cuerpo de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), y hasta el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

También se ha empleado, con magnitudes diversas de intensidad y frecuencia, por la Suprema Corte de Justicia norteamericana (donde ha sido importante y fructífera) y en otros órganos máximos de justicia constitucional de Estados latinoamericanos, por caso, la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, el Supremo Tribunal Federal de Brasil, la Corte Constitucional de Colombia, el Tribunal Constitucional del Perú e incluso la Suprema Corte de Justicia de México.

Cuenta, al menos potencialmente, con aptitud para brindar mayor transparencia a las decisiones jurisdiccionales de interés público, y puede encaramarse en un útil vehículo para fortalecer, transparentar y democratizar el debate judicial y, por extensión, asegurar el principio del "debido proceso", que entre otros elementos involucra la emisión de sentencias jurídicamente sustentables, misión eminente en cabeza de la magistratura constitucional, que sustenta buena parte de su legitimidad en la razonabilidad de sus pronunciamientos.

En ese sentido, puede coadyuvar al mejoramiento de la actividad jurisdiccional en asuntos complejos o dilemáticos de interés social al poner en escena argumentos públicamente ponderados, fortaleciendo el Estado de derecho contemporáneo, que es Estado constitucional. Permite, asimismo, la participación ciudadana en ciertas manifestaciones de la administración de justicia precisamente en causas que ofrezcan aquellas características. Es claro que mientras mayor sea el concurso de ideas en el debate constitucional, más fuerte será la legitimidad de la respuesta sentencial que se proporcione. Paralelamente, exhibe una clara matriz democrática, al abrir nuevas vías de participación, sobre todo a favor de los grupos con menores posibilidades de injerencia real en el proceso democrático (Nino).

Una arista compleja de la cuestión radica en definir si, para ser recibidos en el proceso, los memoriales de los *amici* deben ser totalmente asépticos o si es posible que patrocinen alguno de los intereses en juego en el caso particular. Pareciera que la exigencia de pureza e imparcialidad absolutas podría conspirar contra la efectividad de la figura, conduciéndola a la inocuidad o a la falta de real incidencia fáctica. En el fondo, lo más relevante es que dichas presentaciones pudieran añadir sustancia al debate público y enriquecer la situación y las condiciones en que el órgano de justicia interviniente se encuentre para pronunciar su sentencia.

Bien entendida (y aplicada), la institución puede cumplir un significativo rol como fuente de aportación argumental a los tribunales internos y a las instancias internacionales en materia de derechos humanos, lo que representa una muestra más del crecimiento de los espacios de convergencia interactiva del derecho constitucional, el procesal constitucional y el internacional de los derechos humanos.

La exigencia de agotamiento de los recursos internos permite al Estado remediar localmente y por sus propios medios toda violación de derechos humanos que pudiera conducir al debate de la cuestión en el marco transnacional y generar una eventual responsabilidad internacional de aquél. En consecuencia, al estar reglamentariamente habilitada la presentación de *amici* por ejemplo ante la Corte IDH, es adecuado acordar en el plano interno a los grupos o instituciones interesados (*v. gr.* ONG) la posibilidad de emitir opiniones fundadas sobre el tema en cuestión, en equivalencia de condiciones respecto de las que contarían en el plano internacional, adelantando ante los órganos judiciarios domésticos fundamentos que luego serían considerados por aquel tribunal internacional (Abregú y Courtis).

La Corte IDH se ha ocupado de subrayar que los *amici* tienen un importante valor para el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, contribuyen al debate y amplían los elementos de juicio con que cuenta para resolver los asuntos de su conocimiento, que poseen una trascendencia o un interés generales ("Caso Castañeda Gutman *vs.* Estados Unidos Mexicanos", sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 6 de agosto de 2008, serie C, número 184, párr. 14).

En suma, en la medida en que exista voluntad judicial y política para aplicar la figura, ésta resulta un instrumento plausible y digno de ser explorado para tonificar el debate judicial —ampliando los márgenes de deliberación en cuestiones de relevancia social por medio de argumentos públicamente analizados—, favorecer la defensa y la realización de los derechos humanos (en los ámbitos interno e internacional) y contribuir a la elaboración de sentencias razonables y generadoras de un grado sustentable de consenso en la comunidad.

Víctor Bazán

Amparamiento

La voz "amparo" era conocida y usada en la península ibérica desde la época medieval para referirse a las relaciones que se establecían entre personas desvalidas y desprotegidas y el señor que se comprometía formalmente a darles su protección en el sentido más amplio del término. Asimismo, se aludía con este vocablo a los documentos en los cuales se hacían constar los derechos y obligaciones del protector y de los protegidos, surgiendo las llamadas "cartas de amparo"; para referirse, finalmente, a aquellas escrituras expedidas por el monarca con la finalidad de que se otorgara la especial protección allí contenida a una persona o a un grupo de personas y se aplicaran las correspondientes sanciones en caso de violación del mandato regio.

De un amparo, entendido como especial protección del rey a unos pocos privilegiados y operativo al margen de un proceso, se pasará a un amparo de tipo general, extendido a todos los súbditos y regulado mediante los correspondientes mecanismos procesales.

Pero en las Partidas coexisten dos acepciones de la voz "amparo": la medieval, arriba señalada, referida a la protección, a la defensa en su sentido general, y la procesal, formada a partir de las construcciones del derecho común, que se traducirá en toda una gama de mecanismos jurisdiccionales para debatir en juicio el alcance real del daño producido y del amparo solicitado. En este orden de cosas, la idea de protección general se vierte sobre una protección específica nacida en el curso de un proceso. En un avance respecto al empleo todavía medieval del término que arriba hemos visto se halla la partida 3, 23, 1, que regula la alzada o apelación, en donde con carácter general se establecen los dos elementos claves que van a intervenir en esta dialéctica procesal: el amparo o protección dispensada por el ordenamiento jurídico frente a los ataques a los legítimos derechos e intereses, y el agravio, ataque o lesión producida en los mismos: "Alzada es querella que alguna de las partes face en juicio que fuese dada contra ella, llamando et recorriéndose á emienda de mayor juez. Et tiene pro la alzada quando es fecha derechamente porque por ella se desatan los agraviamientos que los jueces facen á las partes torticeramente, ó por non lo entender".

Frente a los daños judiciales procedentes de las sentencias dictadas "torticeramente" o por ignorancia, cabe la posibilidad de acudir ante un juez superior, que se encargará de revisar el veredicto dado. Sin embargo, este mecanismo tan general, abstracto e inconcreto precisa de una ulterior precisión para que se haga efectivo. El amparo así considerado se exterioriza mediante cuatro figuras específicas: (i) la alzada propiamente dicha, que bebe de las fuentes de la apelación; (ii) la merced real; (iii) la *restitutio in integrum*, y (iiii) el amparo contra las sentencias dadas falsamente o con infracción del ordenamiento jurídico procesal. Estas cuatro modalidades son calificadas por el proemio de la partida 3, 23; así: "Bien otrosi han grant conhorte et grant folgura aquellos contra quien dan los juicios que se tienen por agraviados quando fallan alguna carrera por que cuidan estorcer et ampararse de aquellos de que se agravian. Et este amparamiento es en quatro maneras, ca ó es por alzada, ó por pedir merced, ó por otorgamiento que demandan los menores por razón de algunt juicio que sea dado contra ellos, ó por querella de algunt juicio que digan que fue dado falsamente o contra aquella ordenada manera que el derecho manda guardar en los juicios".

En un sentido amplio, los cuatro remedios aquí recogidos son amparos, como sinónimo de protección o tutela de derechos. Por su carácter ordinario y por la generalidad de sus destinatarios, sin embargo, solamente se pueden considerar amparos en sentido estricto a la primera y a la cuarta figuras. La idea del amparo como mecanismo procesal ordinario y general nos hace rechazar de su ámbito la figura de la merced real, por no basarse en consideraciones de justicia y de derecho, y también la de la restitución integral, debido a la especialidad subjetiva que la misma comportaba, pareciéndonos más bien un privilegio que un auténtico remedio normal y ordinario. Si el amparo era,

a la luz de estos precedentes históricos, un mecanismo general de protección, entendemos que debería reunir dos requisitos: la generalidad de los sujetos legitimados, sin que se puedan establecer privilegios subjetivos, y las cuestiones de estricta legalidad o de estricta justicia, como motivos o causas que permitirían la procedencia del mismo.

A nuestro entender, aquí nace la tradición protectora del amparo, que vendrá a nutrir los orígenes de nuestra más importante institución procesal mexicana: el juicio de amparo. Como dijera don Felipe Tena Ramírez: término castizo y evocador.

José Luis Soberanes Fernández

Amparo

Etimológicamente, la palabra "amparar" proviene del latín *anteparãre,* que significa prevenir, favorecer, proteger. Su connotación jurídica proviene del derecho español, y se utilizaba además como sinónimo de recurso o medio impugnativo ("amparo" o "amparamiento" en las Siete Partidas, tercera, título XXIII). El origen de este vocablo se remonta a la Edad Media, en los procesos forales aragoneses (aprehensión, inventario, firma de derecho y manifestación de personas). El Justicia Mayor del Reino de Aragón o sus lugartenientes, como especies de jueces de constitucionalidad, "amparaban" a las personas y a sus bienes contra actos excesivos y arbitrarios del poder soberano. También en el derecho de Castilla se utilizó esta expresión en el mismo sentido. Y es precisamente a través del ordenamiento castellano la manera en que se introduce el vocablo "amparar", como sinónimo de protección en la América española (siglos XVI a XIX). En ese periodo aparecen los "reales amparos" otorgados por la Real Audiencia de México (en realidad, constituían interdictos posesorios).

Desde una noción contemporánea, la expresión "amparo" se utiliza para significar al "juicio constitucional de amparo", es decir, una garantía judicial, un proceso constitucional, un mecanismo de protección específico para salvaguardar los derechos fundamentales dentro de los sistemas de control de la constitucionalidad de leyes y dentro de la concepción genérica de la defensa de la Constitución. Históricamente, como proceso constitucional, se contempló por primera vez en la Constitución del Estado de Yucatán, México, de 1841 (arts. 8º, 9º y 62º), en donde se facultaba expresamente al Tribunal Superior de Justicia para "amparar en el goce de sus derechos a los que le pidan su protección, contra las leyes y decretos de la legislatura que sean contrarios a la Constitución". Posteriormente, el juicio de amparo mexicano quedó regulado a nivel federal (1847, 1857 y 1917).

La experiencia mexicana influyó en todos los países latinoamericanos. La mayoría utiliza la denominación de "juicio" "recurso" "proceso" o "acción" de "amparo". Solo tres países le otorgan distinta denominación, Brasil (*mandado de segurança*), Colombia ("tutela jurídica") y Chile ("recurso de protección"). En su expansión se pueden advertir tres "oleadas" cronológicas. La primera acontece en Centroamérica, durante la segunda mitad siglo XIX y primera del siglo XX: El Salvador (1886), Honduras y Nicaragua (1894), Guatemala

(1921), Panamá (1941) y Costa Rica (1949). Incluso se incluyó en la Constitución Política de los Estados Unidos de Centroamérica de 1989 (Honduras, Nicaragua y El Salvador), así como en la Constitución de la República Centroamericana de 1921 (Guatemala, El Salvador y Honduras).

Una segunda etapa se advierte con la creación jurisprudencial del amparo en Argentina (1957-58), que influyó posteriormente en Venezuela (1961), Bolivia, Ecuador y Paraguay (1967). La regulación normativa de la acción de amparo en Argentina inició en varias provincias desde 1921, antes de que a nivel nacional se reconociera por la Corte Suprema en los paradigmáticos casos "Siri, Ángel S." (1957) y "Samuel Kot (1958), a pesar de no regularse a nivel constitucional o legal. En el primer caso la Corte Suprema admitió la acción para proteger el derecho de libertad de imprenta y de trabajo, derivado de la clausura de un periódico, por lo que reconoció la garantía constitucional a favor de los individuos contra actos de autoridad. En el segundo caso, la Corte extendió el ámbito de protección para comprender actos de particulares, y a partir de entonces ha tenido un desarrollo doctrinal y jurisprudencial importante. La interpretación del más alto tribunal argentino consideró el concepto de derecho o garantía implícito, es decir, no enumerado, a que se refiere el art. 33 de la Constitución nacional, concepción que siguieron varias Constitucionales latinoamericanas con posterioridad (Bolivia, Brasil, República Dominicana, Guatemala, Honduras, Paraguay, Uruguay y Venezuela).

Una tercera oleada comprende cinco países en la década de los setenta, ochenta y noventa del siglo XX: Perú (1979), Chile (1980), Uruguay (1988), Colombia (1991), y República Dominicana (1999). En algunos países, como en Brasil y en el Perú, el hábeas corpus realizó las funciones del amparo, ya que paulatinamente fue expandiendo su ámbito natural de protección no solo para la tutela de la libertad personal, sino también para los demás derechos fundamentales. En el Perú, hasta que la figura del amparo se reguló (con autonomía del hábeas corpus) en las Constituciones de 1979 y 1993, previéndose actualmente en el Código Procesal Constitucional, uno de los primeros códigos con esta denominación. En Brasil, hasta la creación del *mandado de segurança* en la Constitución de 1934.

Uruguay es el único país latinoamericano que no regula la institución de manera expresa en la Constitución, si bien se prevé la garantía de manera implícita, expidiendo la ley correspondiente que la regula. En República Dominicana fue establecido jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia en 1999, al aplicar de manera directa el art. 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (recurso sencillo, rápido y efectivo que ampare contra violaciones a derechos fundamentales), fijando en su sentencia los lineamientos generales de competencia, procedimiento y plazos del recurso de amparo. Posteriormente, se emitió en 2006 la legislación de amparo, y actualmente se prevé en la nueva Constitución de 2010, cuya competencia corresponde a la recientemente creada Corte Constitucional. También se prevé esta institución en las nuevas Constituciones de Bolivia y Ecuador.

En cuanto a los derechos y libertades tutelados, se advierten tres supuestos. El primero, que comprende la concepción tradicional, el amparo protege

la mayoría de los derechos y libertades fundamentales, con excepción de la libertad personal, que se tutela a través de la garantía específica del hábeas corpus, o también denominada en algunos países "exhibición personal". El segundo grupo, que constituye la tendencia contemporánea, está representado por los países que además de excluir a la libertad personal también dejan fuera del ámbito protector la libertad o autodeterminación informática para la protección de los datos personales, ya que en los últimos años tiende a preverse la garantía constitucional específica del hábeas data. El tercer supuesto lo configura México, que podría calificarse como omnicomprensivo, en la medida en que a través del juicio de amparo se protege la totalidad de los derechos y libertades fundamentales, así como en general todo el ordenamiento constitucional y secundario (garantía de legalidad).

El proceso de amparo, como institución procesal constitucional, se ha expandido a nivel mundial. En el continente europeo progresivamente se fue incorporando, primero en países de Europa occidental (Alemania, Austria, España, Suiza y Andorra); y con posterioridad en Europa central, oriental y en la ex Unión Soviética: Albania, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Georgia, Hungría, Polonia, República Checa, República de Macedonia, Rusia, Servia y Montenegro, entre otras. Esta influencia también alcanza a los países africanos (p. e. Cabo Verde) y asiáticos (p. e. Corea del Sur y Macao).

Asimismo, debe advertirse su expansión hacia los instrumentos internacionales, y particularmente al derecho internacional de los derechos humanos. Esto ha propiciado la creación de sistemas regionales de protección, con tribunales específicos, como el europeo (Estrasburgo, Francia), el interamericano (San José, Costa Rica) y recientemente el africano (Arusha, Tanzania). Estas instancias han motivado a que un sector de la doctrina lo denomine "amparo internacional" o "amparo transnacional", como medios subsidiarios, complementarios y reforzados en la protección jurisdiccional de los derechos humanos.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

Amparo (facultad de atracción de la Suprema Corte)

La facultad de atracción es una figura procesal de configuración constitucional que permite a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer, de manera excepcional y discrecional, asuntos que no son de su competencia originaria, pero que por su trascendencia e importancia ameritan ser resueltos por dicho órgano. En otras palabras, es una potestad adjetiva que permite la resolución de ciertos casos a la Suprema Corte, cuya competencia no le está preliminarmente delimitada; por tanto, se trata de un mecanismo que permite la ampliación de su ámbito competencial (el cual a partir de 1988 se centra esencialmente en cuestiones estrictamente constitucionales) para conocer de casos que competen a otros órganos jurisdiccionales, pero que por su relevancia ameritan su intervención. Ahora bien, en atención a su naturaleza procesal, es conveniente identificar sus elementos a partir de dos vertientes: una teórica y una formal (la cual se limita al estudio de la ley).

Teórica. Esta figura ha sido comparada con el *writ of certiorari* previsto en jurisdicciones de *common law*. Por ejemplo, en los Estados Unidos de América existe la posibilidad de solicitar la revisión de resoluciones de los tribunales superiores de cada estado ante la Suprema Corte. Al igual que su homólogo mexicano, este órgano cuenta con amplias facultades para determinar si existen razones especiales e importantes para su admisión (Gómez-Palacio, Ignacio. "Reforma judicial: el criterio de importancia y trascendencia y su antecedente, el writ of certiorar", *Jurídica*, 29). Sin embargo, la diferencia crucial entre ambas figuras radica en que el derecho mexicano es imposible que los particulares soliciten el ejercicio de la facultad de atracción; nuestra Constitución únicamente legitima a los tribunales colegiados o al procurador general de la República para presentar dicha petición.

En el sistema jurídico mexicano, el origen de esta facultad se remonta a la reforma constitucional que entró en vigor en 1988. A partir de ese momento, el tribunal máximo empezó a conocer de los asuntos que por sus "características especiales" así lo ameritaran (Cabrera Acevedo, Lucio, "La jurisprudencia de la Suprema Corte y aspectos de sus facultades discrecionales", *Derecho constitucional comparado, México-Estados Unidos*, t. I). En 1994 se realizaron nuevas modificaciones que sustituyeron este criterio por el de "importancia y trascendencia" (Rojas Amandi, Víctor, "El recurso de revisión de las sentencias de amparo directo ante la Suprema Corte", *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, t. II). Desde entonces, la cuestión fundamental en el ejercicio de cualquier facultad de atracción es acreditar estos dos requisitos.

Formal. La facultad de atracción está contemplada en el art. 107 de la Constitución, fracción V, último párrafo, y fracción VIII, inciso b), primer párrafo; asimismo, tiene una regulación legal prevista dentro de las reglas de competencia, en los arts. 40 y 85, ambos de la Ley de Amparo. Recordemos que la mecánica de dicha figura procesal se traduce en el conocimiento de asuntos respecto de los cuales no se tiene competencia para conocer. Así, resulta indispensable determinar, en primer término, cuál es la competencia inicial u originaria que otorgan los preceptos legales y constitucionales, de lo cual se concluye que los tribunales colegiados de circuito conocerán de los amparos directos promovidos en contra de sentencias definitivas y la Suprema Corte de Justicia conoce de los recursos interpuestos en contra las sentencias dictadas en amparo indirecto, siempre y cuando se hubieran impugnado normas generales y subsista en el recurso el problema de constitucionalidad, o cuando se trate de las relativas a los denominados amparo-soberanía. De esa forma, *a contrario sensu*, se desprende que la Suprema Corte de Justicia no tiene facultad originaria para conocer de amparos directos ni de los recursos de revisión previstos en el art. 81, frac. I, de la Ley de Amparo (con excepción del promovido en contra de la sentencia en la que se involucre una cuestión de inconstitucionalidad); por tanto, es en estos casos en donde la figura procesal encuentra cabida.

No obstante lo anterior, dichos elementos nos son suficientes para su procedencia, pues como ya se dijo, tiene un carácter excepcional, que se concretiza con la exigencia de la importancia y trascendencia. En ese aspecto,

la ley no delimita esos conceptos, y ha sido la jurisprudencia la que precisa sus alcances (no debe perderse de vista que el análisis parte de los arts. que se encuentran vigentes a partir del tres de abril de 2013, y que la jurisprudencia fue emitida con anterioridad; sin embargo, la construcción de los conceptos de importancia y trascendencia, aparentemente, no resulta contrario al nuevo texto), vinculando la "importancia" con el aspecto cualitativo de un caso; es decir, su naturaleza tanto jurídica como extrajurídica que lo revista de un interés superlativo por la gravedad del tema, para lo cual se debe atender a la afectación potencial de valores sociales, políticos y, en general, de convivencia, bienestar o estabilidad del Estado. Por otra parte, al hablar de "trascendencia" se ha referido al aspecto cuantitativo, el cual responde al carácter excepcional o novedoso que entrañaría la fijación de un criterio estrictamente jurídico para casos futuros. Igualmente, puede derivar de la complejidad sistémica que presentan algunos asuntos por su grado de interdependencia jurídica o procesal, que obliga a atender las consecuencias jurídicas de todos y cada uno de ellos (véase la tesis: 1a./J. 27/2008. Facultad de atracción. Requisitos para su ejercicio. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época; tomo XXVII, abril de 2008; pág. 150). De esta forma, el ejercicio de la facultad de atracción no depende de la materia del asunto, sino que el objetivo del legislador es permitir que aquellos asuntos donde concurran circunstancias excepcionales sean estudiados por el mismo y no reservar predeterminada e indiscriminadamente una serie de casos al tribunal máximo (Tesis: 2a./J. 123/2006. Atracción. Para ejercer esta facultad en amparo en revisión, la Suprema Corte de Justicia de la Nación debe tomar en cuenta las peculiaridades excepcionales y trascendentes del caso particular y no solamente su materia. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; tomo XXIV; noviembre de 2006; pág. 195). Reforzando su carácter excepcional, esta facultad solo se puede ejercer de oficio por la Suprema Corte de Justicia o a petición de un órgano legitimado, como el tribunal colegiado de circuito o el procurador general de la República, según sea el caso.

Por otro lado, debe precisarse que tanto los preceptos constitucionales como legales que regulan la facultad solo prevén la posibilidad de atraer amparos directos y recursos de revisión en amparo indirecto; sin embargo, jurisprudencialmente se ha extendido a otro tipo de asuntos, como son algunos recursos de reclamación y recursos de queja. Para determinar su procedencia se realizó una interpretación teleológica, con la finalidad de entender la figura como una facultad genérica tendiente a salvaguardar la seguridad jurídica, mediante la cual se autoriza a la Suprema Corte a pronunciarse respecto de aquellos casos que revistan interés y trascendencia. (Según las tesis: 1a. CLXXIX/2012 (10a.) Facultad de atracción prevista en el artículo 107, fracción VIII, penúltimo párrafo, de la Constitución Política de los Estados unidos Mexicanos. La Suprema Corte de Justicia de la Nación puede ejercerla para conocer de los recursos de reclamación. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Décima Época; tomo 1; septiembre de 2012; Pág. 507 y tesis: 2a. CXLIV/2008. Facultad de atracción prevista en el artículo 107, fracción VIII, penúltimo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos. La Suprema Corte de Justicia de la Nación puede ejercerla para

conocer de los recursos de queja. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época; tomo XXVIII; octubre de 2008; pág. 457).

Sin embargo, dicha interpretación no puede generar la admisión de la facultad de atracción para cualquier asunto, pues existen ciertos casos que su naturaleza jurídica no lo permitiría; por ejemplo: la revisión fiscal y el amparo indirecto en primera instancia. En el primer caso, la lógica de dicha exclusión radica en que la facultad de atracción fue diseñada para que el tribunal máximo resolviera casos excepcionales donde un particular se defiende en contra de actos de la autoridad, pero no para conocer de medios de defensa a favor de la autoridad; por tanto, permitir el ejercicio de la facultad en esos casos desvirtuaría la naturaleza para la cual fue creada. (Tesis: 2a. XXXI/2011. Facultad de atracción. La Suprema Corte de Justicia de la Nación no puede ejercerla para conocer de un recurso de revisión fiscal. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Novena Época; tomo XXXIII; abril de 2011; pág. 674). El segundo caso tampoco sería viable, pues se decidiría el juicio en una instancia única, haciendo nugatorio el derecho del quejoso de interponer el recurso y de permitir que un órgano jurisdiccional superior realice una nueva reflexión respecto de la *litis* planteada, con lo cual se trastocaría la coherencia del sistema jurídico. (Tesis: 2a. CLXV/2008. Facultad de atracción prevista en el artículo 107, fracción VIII, penúltimo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La Suprema Corte de Justicia de la Nación no puede ejercerla para emitir sentencias en juicios de amparo indirecto en primera instancia. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Novena Época; tomo XXIX; enero de 2009; pág. 784).

Jorge Mario Pardo Rebolledo
Alejandro Castañón Ramírez
Ricardo Antonio Silva Díaz

Amparo (medidas de apremio)

En el sistema jurídico mexicano, el art. 17 de la Constitución general de la República prevé el derecho fundamental de tutela jurisdiccional y acoge el principio de ejecutoriedad de las resoluciones de los tribunales, asimismo, impone al legislador ordinario la obligación de establecer en las normas secundarias los medios necesarios para garantizar su cumplimiento. Estos elementos han sido denominados en la doctrina jurídica como medios de apremio, y consisten en una serie de instrumentos coactivos que pueden decretar los órganos jurisdiccionales contra las partes o terceros a quienes se impongan cargas u obligaciones procesales, con la finalidad de vencer la desobediencia y hacer cumplir sus resoluciones

La imposición de la medida de apremio es un acto de autoridad que se produce con motivo de la resistencia a cumplir una conducta legalmente exigida, tiende a compeler al o la contumaz para mantener la regularidad del proceso; sin embargo, no son instrumentos que las y los juzgadores puedan utilizar arbitrariamente, pues participan de la naturaleza de los actos de molestia.

Para que sea legal la aplicación de una medida de apremio deben respetarse los principios de legalidad y seguridad jurídica, a fin de dar certeza a la o el gobernado sobre las normas aplicables y las atribuciones de la autoridad. Los requisitos mínimos que debe observar quien juzga son: 1. La existencia de una determinación jurisdiccional fundada y motivada, que deba ser cumplida por las partes o por alguna persona involucrada en el proceso, y 2. Notificarla personalmente, con apercibimiento de que en caso de desobediencia se aplicará una medida de apremio precisa y concreta. Lo anterior permite a la persona obligada, conocer las consecuencias de su conducta, de manera que la decisión tomada por el órgano jurisdiccional se justifica por las circunstancias del caso.

En la Ley de Amparo publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013 se incorporó un apartado específico sobre medidas disciplinarias y de apremio, a diferencia de la norma abrogada, que contenía en forma dispersa la posibilidad de apercibir a la autoridad o persona obligada a realizar un acto procesal, con la imposición de alguna multa o bien se acudía supletoriamente al Código Federal de Procedimientos Civiles.

Para hacer cumplir sus determinaciones, los órganos jurisdiccionales de amparo pueden utilizar cualquiera de las medidas de apremio siguientes: multa, auxilio de la fuerza pública y denunciar o poner a disposición del Ministerio Público al o la contumaz, por la probable comisión de un ilícito; por ejemplo: contra un particular que desobedezca un mandato de los tribunales de acuerdo con los numerales 178 a 183 del Código Penal Federal; o bien, los arts. 262, frac. III y 267, frac. I de la Ley de Amparo, que tipifican como delitos imputables a las autoridades responsables, entre otros, la desobediencia de un auto que decreta la suspensión o el incumplimiento de una sentencia que otorgue la protección constitucional.

Ahora, como el legislador no estableció un orden para imponerlas, corresponde al juzgador, en uso de su prudente arbitrio, aplicar el medio que estime conveniente para compeler al o la contumaz. Inclusive, puede imponerse en varias ocasiones un mismo medio de apremio, puesto que la ley no contiene limitante alguna para que las y los titulares de los órganos jurisdiccionales los utilicen las veces que consideren necesarias para hacer cumplir sus determinaciones, atendiendo a las circunstancias particulares del caso, tales como la naturaleza de la determinación que deba cumplirse, sus consecuencias y la gravedad del asunto.

Las multas se impondrán a razón de días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de realizarse la conducta sancionada, pero si la o el infractor es jornalero, obrero o trabajador, no podrá exceder de su jornal o salario de un día. La ley acoge un criterio dual: por un lado, una regla genérica, que atiende a factores económicos dinámicos, como el salario mínimo general del Distrito Federal, una unidad de medida estándar que utiliza un parámetro de la realidad social susceptible de ser aplicado en diferentes circunstancias, evitando que las sanciones pierdan actualidad; y por otro, una regla específica dirigida a los sectores más desprotegidos o económicamente débiles; esto es, acude a sus circunstancias personales, al limitar la multa en función de sus ingresos netos diarios, de acuerdo con el postulado

constitucional de prohibición de la multa excesiva, que resulta de relacionar los arts. 21, quinto párrafo, y 22, primer párrafo, del ordenamiento fundamental, lo cual se traduce en que la sanción sea proporcional a las posibilidades de quien debe cumplirla.

Además, la aplicación de las medidas de apremio se rige por el principio de proporcionalidad, pues para determinar su magnitud la autoridad jurisdiccional debe tomar en cuenta la gravedad de la infracción, así como las circunstancias personales de la o el infractor, a fin de que la sanción esté fundada y motivada.

Set Leonel López Gianopoulos

Amparo (objeto del)

De acuerdo con *Diccionario* de la Real Academia Española, el recurso de amparo es el estatuido por algunas Constituciones, para ser tramitado ante un alto tribunal de justicia, cuando los derechos asegurados por la ley fundamental no sean respetados por otros tribunales o autoridades. Asimismo, objeto es: a) todo lo que puede ser materia de conocimiento o sensibilidad de parte del sujeto, incluso este mismo; b) aquello que sirve de materia o asunto al ejercicio de las facultades mentales; c) término o fin de los actos de las potencias; d) fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación; e) materia o asunto de que se ocupa una ciencia o estudio; f) cosa.

De la combinación de ambas definiciones se obtiene que el objeto del amparo es el fin o intento a que se dirige o encamina el trámite del juicio, así como la materia o asunto del que se ocupa. Así, para lograr un mejor entendimiento de ambos alcances debe realizarse un análisis formal (el cual se limita al estudio de la ley) y uno teórico.

Formal. En atención a lo establecido en el art. 1 de la Ley de Amparo, el objeto del juicio de amparo es: 1. De acuerdo con la materia de la cual se ocupa: la protección de derechos humanos contenidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales; aunado a ello, para lograr la protección de esos derechos humanos no puede desconocerse que se analizan en el juicio normas, actos u omisiones de la autoridad, dictados en el marco de la división de poderes; de ahí que sean materia del juicio las leyes (Poder Legislativo), los actos de la administración pública (Poder Ejecutivo) y las sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales terminales (Poder Judicial). 2. De acuerdo con el fin al que se encuentra encaminado: el objeto es resolver toda controversia que se suscite por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución y los tratados internacionales, así como aquellas en las que la autoridad federal vulnere o restrinja la soberanía de los estados. Aunado a ello, de acuerdo con el art. 77 de la Ley de Amparo, los efectos de la concesión del amparo serán restituir al quejoso en el pleno goce del derecho violado, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando los actos reclamados sean de carácter positivo; pero si son negativos o impliquen una omisión, precisa que deberá obligarse a la autoridad a respetar el derecho de que se trate y a cumplir lo que el mismo exija.

En ese orden de ideas, el objeto del juicio en cuanto a materia son tanto los derechos humanos como los actos de autoridad que se reclaman. Además, el objeto en cuanto a la finalidad es resolver las controversias respecto de violación a derechos humanos, aunado a que una vez acreditada la violación, tiene como objeto restituir al quejoso en el goce de su derecho, mediante el restablecimiento de las cosas o imponiendo obligaciones a la autoridad

Teórica. El juicio de amparo se define como un medio de control constitucional, en el que se contemplan diversos instrumentos procesales, que si bien tiene principios generales comunes, cada uno tiene funciones diversas, pero encaminadas a lograr el respeto pleno a la Constitución (Fix-Zamudio, 2003:18). Como proceso judicial: es la secuencia de actos que se desenvuelven progresivamente con objeto de resolver el conflicto de derechos humanos que se somete a decisión. De acuerdo con Couture (2002:99), el proceso por el proceso no existe; es decir, éste solo se explica en cuanto a su fin, de ahí la importancia de definir cuál es la función del proceso de amparo.

La función inmediata del juicio de amparo es proteger y garantizar los derechos humanos, tanto de fuente nacional como internacional de las personas individual y colectivamente consideradas. Se trata de un proceso de configuración constitucional autónomo dotado de regulación jurídica específica que salvaguarda las prevenciones constitucionales y convencionales a través de una contienda equilibrada entre gobernado y gobernante, y de manera indirecta y extraordinaria al orden jurídico nacional (control de constitucionalidad y de legalidad). En razón de lo anterior, tal y como acontece en cualquier proceso, el amparo tiene un fin privado, consistente en proteger los derechos humanos del individuo que los reclama y tiene un fin público, pues busca el respeto a la supremacía constitucional, al ser una herramienta que pretende la constitucionalización del ordenamiento; esto es, lograr que la norma suprema se imponga frente a todas las normas, no como un documento político, sino como una norma vinculante y superior que corrija el indebido actuar de las autoridades.

En ese aspecto, como lo señala Fix-Zamudio (2003:18), el amparo es una institución que, a través de distintos instrumentos procesales, realiza cinco funciones: i) tutela la libertad personal; ii) estudia la constitucionalidad de las leyes; iii) estudia la constitucionalidad de las sentencias judiciales; iv) estudia la constitucionalidad de los actos y resoluciones de la administración activa, y v) protege los derechos sociales de los campesinos sometidos al régimen de reforma agraria. Siguiendo esa idea, cada uno de estos instrumentos tiene diversas finalidades, las cuales dependen del acto que es objeto de estudio; sin embargo, todos encuentran un común denominador en la defensa de la Constitución, que incluye la protección de derechos humanos y el control de constitucionalidad y convencionalidad de los distintos actos de las autoridades (poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial).

De esa forma, el juicio de amparo se basa en una idea de limitación del poder público, a partir de los postulados constitucionales y el respeto a la supremacía de la Constitución, mediante la cual se priva de eficacia legal y material a los actos de autoridad que no se ajustan a los términos y condiciones sustentados en la norma suprema, con especial atención a los derechos

humanos reconocidos en ella. Dicha finalidad se encuadra en los postulados del neoconstitucionalismo, corriente que enarbola la facultad de los órganos jurisdiccionales para corregir el actuar de las autoridades, no solo respecto a la forma de organizarse, sino en cuanto a la sustancia de su actuación, potestad que se justifica en el compromiso con los derechos, sin desconocer de manera absoluta la legitimación democrática de las decisiones.

Jorge Mario Pardo Rebolledo
José Díaz de León Cruz
Ricardo Antonio Silva Díaz

Amparo (requisitos de la demanda)

En el derecho mexicano, la acción de amparo no es ajena a las reglas básicas de todo procedimiento, pues está condicionada a la satisfacción de requisitos y formalidades, los cuales no deben entenderse como obstáculos para acceder a la justicia. El art. 17 constitucional obliga a las y los gobernados que pretendan ejercer el derecho a la jurisdicción, a plantear sus peticiones sujetándose a las formas establecidas por el legislador. Los requisitos de la demanda de amparo no constituyen fórmulas sacramentales carentes de razonabilidad, sino que consisten en datos que proporcionan al juzgador y a las partes los elementos indispensables para entablar la relación procesal y decidir la controversia, a fin de garantizar el respeto a los principios de seguridad jurídica, legalidad e igualdad procesal.

La Ley de Amparo establece algunos requisitos, que son comunes y otros específicos, que inciden en la estructura de la petición de amparo, en función de la vía en la cual se promueva (directa o indirecta), por lo que resulta de utilidad didáctica tratarlos en forma separada.

Amparo indirecto. Regla general. En el escrito de demanda se debe expresar: 1. El nombre y domicilio de la parte quejosa y de quien promueve en su nombre, en este caso deberá acreditar su representación; 2. El nombre y domicilio del tercero interesado, si no los conoce, manifestarlo así bajo protesta de decir verdad; 3. La autoridad o autoridades responsables, si se impugnan normas generales, señalar a los titulares de los órganos de Estado que intervinieron en su promulgación, en tanto que las autoridades encargadas del refrendo y publicación solo si se reclaman sus actos por vicios propios; 4. La norma general, acto u omisión que de cada autoridad se reclame; 5. Bajo protesta de decir verdad, los hechos o abstenciones que constituyan los antecedentes del acto reclamado o que sirvan de fundamento a los conceptos de violación; 6. Los preceptos que contengan los derechos humanos y las garantías cuya violación se reclame, y 7. Si el amparo se promueve contra la invasión de la esfera competencial de los estados, el Distrito Federal o la Federación, deberá precisarse la facultad reservada a éstos que haya sido invadida por la autoridad federal a la local, o viceversa. 8. Los conceptos de violación.

Amparo indirecto. Caso de excepción: cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, extradición, desaparición forzada de personas o alguno de los prohibidos por

el art. 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos "penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales", así como la incorporación forzosa al ejército, armada o fuerza aérea nacionales, y la persona agraviada se encuentre imposibilitada para promover el amparo, podrá hacerlo cualquiera otra en su nombre, aunque sea menor de edad. En estos casos la demanda podrá formularse por escrito, comparecencia o medios electrónicos, sin necesidad de firma electrónica.

El preponderante valor de los bienes jurídicos que se protegen justifica el establecimiento de tan notables excepciones al principio de legitimación en la causa y en el proceso, a la regla general de capacidad de ejercicio para la realización de actos jurídicos y al orden natural del proceso, pues establece la posibilidad de que promueva cualquier persona a nombre de otra, sin ser su representante, incluyendo a menores de edad; asimismo, se prevé el dictado de medidas cautelares como la suspensión de plano de los actos reclamados, sin que exista petición formal de quien directamente resienta el agravio. Aunque la ley establece mecanismos para lograr la ratificación de la demanda, sin cuya satisfacción se tendrá por no presentada y se dejarán sin efectos las medidas cautelares dictadas, lo que puede ocurrir en el plazo máximo de un año, salvo que se trate de desaparición forzada de personas.

En estos supuestos, los requisitos de la demanda se reducen a señalar: 1. El acto reclamado; 2. La autoridad que lo haya ordenado; 3. La autoridad que ejecute o trate de ejecutar el acto, y 4. El lugar donde se encuentre la parte quejosa. En caso de que el o la promovente desconozca los datos requeridos en los puntos 2 y 4, deberá manifestarlo en la demanda.

Amparo directo. En esta vía, la demanda debe contener: 1. El nombre y domicilio de la parte quejosa y de quien promueve en su nombre; 2. El nombre y domicilio del tercero interesado; 3. La autoridad responsable; 4. El acto reclamado, cuando se reclame la inconstitucionalidad de una norma general, ello solo se hará valer en los conceptos de violación, sin señalarla en un apartado destacado; 5. La fecha de notificación del acto reclamado o la data en que la o el quejoso hubiera tenido conocimiento del mismo; 6. Los preceptos que contengan los derechos humanos cuya violación se reclame, y 7. Los conceptos de violación.

Requisitos comunes. Por regla general, la demanda se presenta por escrito con copias para cada una de las partes y, tratándose del amparo indirecto, dos para el incidente de suspensión (si se solicita y no deba concederse de oficio). Además, la ley establece la posibilidad de promover a través de medios electrónicos, y solo excepcionalmente por comparecencia o por vía telegráfica; en estos casos no será necesario exhibir copias, pues deberá expedirlas el órgano jurisdiccional de amparo o la autoridad responsable, en el amparo directo. Lo mismo ocurre cuando se trate de asuntos del orden penal, en materia laboral tratándose de los y las trabajadoras, cuando se puedan afectar intereses de menores o incapaces, o bien los derechos agrarios de los núcleos de población comunal o ejidal o de quienes tengan la calidad de ejidatarios o comuneros (incluidos los aspirantes a ser sujetos de derecho agrario), así como cuando se

trate de personas que por sus condiciones de pobreza o marginación se encuentren en clara desventaja social para emprender un juicio; es decir, grupos en condición de vulnerabilidad.

El incumplimiento, inexactitud u oscuridad de algún requisito da lugar a que el órgano jurisdiccional de amparo requiera al o la promovente para que en el plazo de cinco días subsane las irregularidades formales de la demanda. En caso de que no lo haga, la consecuencia es tenerla por no presentada. Si se cumple la prevención, la demanda y el escrito aclaratorio no pueden desvincularse, analizarse o considerarse por separado, pues ambos escritos integran la demanda de amparo; por tanto, deben ser considerados como un solo documento.

Sin embargo, no todos los requisitos son susceptibles de ser subsanados. No procede prevenir a la parte quejosa cuando se omite expresar los conceptos de violación, pues éstos son indispensables para conocer su pretensión; de lo contrario se le daría un plazo mayor al legal para plantear la demanda, según lo ha establecido la Suprema Corten de Justicia en la jurisprudencia P./J. 111/2004. Excepto cuando el amparo indirecto se promueva en términos de los arts. 15 y 109 de la Ley de Amparo, en cuyo caso la norma no exige que se expresen conceptos de violación, excepción que no debe confundirse con la suplencia de la queja prevista en el penúltimo párrafo del numeral 79 de la norma referida.

Set Leonel López Gianopoulos

Amparo agrario

El amparo agrario protege a los núcleos de población ejidal o comunal y a los ejidatarios y comuneros en sus derechos agrarios, lo que ha constituido la "socialización del amparo".

En México, se pueden distinguir dos etapas para la comprensión de su diseño procesal: el origen, con su carácter de proceso constitucional específico de resguardo de los derechos sociales e individuales de grupos o entidades agrarias y de sus miembros competentes, y el de adaptación, al fenómeno contemporáneo de la Constitución convencionalizada.

El amparo agrario tuvo su origen en la reforma de 1962 al art. 107, frac. II, de la Constitución de 1917, que fue desarrollada por las modificaciones de 1963 a la Ley de Amparo, que estableció ventajas procesales en beneficio de los campesinos sujetos al régimen de reforma agraria (ejidatarios, comuneros y sus respectivas poblaciones), que permitieran equilibrar su situación en el proceso frente a los propietarios agrícolas y ganaderos y respecto de las autoridades administrativas federales encargadas del desarrollo de la propia reforma agraria, ya que se consideró que dichos campesinos, en su mayor parte, carecían de un adecuado asesoramiento jurídico para intervenir en las controversias agrarias.

Con estas reformas constitucionales y legales se configuró el quinto sector del amparo mexicano, el cual adquirió mayor trascendencia con motivo de la reforma de 1976 a la Ley de Amparo, la cual se dividió artificialmente en

dos libros, que antes no existían; el primero sobre el amparo en general, y el otro, de muy pocos artículos, respecto del amparo en materia agraria, pero sin abarcar todas las controversias sobre esta materia; es decir, únicamente en aquellas en que comparecieran como partes los campesinos sometidos al régimen de reforma agraria (arts. 107, frac. II, párrafos tercero y cuarto de la CPEUM, y 212 a 234 de la Ley de Amparo).

En 1992 se reformó el art. 27 constitucional, frac. XXIX, segundo párr., para la creación de los tribunales federales agrarios, conformados por un Tribunal Superior integrado por cinco magistrados y tribunales unitarios de carácter regional, que se encargan en la actualidad de conocer de los conflictos que con anterioridad competían a las autoridades administrativas agrarias, de acuerdo con la organización y procedimientos establecidos por las leyes Agraria y Orgánica de los Tribunales Agrarios, ambas publicadas el 26 de febrero de 1992.

Aun cuando la tendencia que se observa en el derecho de amparo mexicano, si bien todavía comprende de manera formal cinco procesos diversos, se pensó que en realidad se dirigía a conservar solo tres: i) hábeas corpus o amparo de la libertad e integridad personales; ii) amparo judicial o amparo casación, y iii) amparo contra leyes. En cambio, con las reformas del 6 de junio de 2011 en materia de amparo a la Constitución de 1917, y con la "nueva" Ley de Amparo de 2013, fisonomía que se integra además por: 1) el nuevo texto constitucional que se promulgó en la fecha indicada; 2) los cambios en materia de derechos humanos publicado el 10 de junio de 2011, y 3) lo resuelto por la Suprema Corte en el caso *Radilla vs. El Estado mexicano* (expediente varios 910/2010), en cumplimiento de la sentencia condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se confirma la existencia del amparo agrario y su adaptación a la máxima protección (principio *pro persona*) de los derechos humanos y los derechos nacionales de fuente internacional; en síntesis, la Constitución convencionalizada.

En esta segunda etapa, a nivel constitucional (art. 107, frac. II, párr. sexto) la estructura procesal del amparo agrario refiere que cuando se reclamen actos que tengan o puedan tener como consecuencia privar de la propiedad o de la posesión y disfrute de sus tierras, aguas, pastos y montes a los ejidos o a los núcleos de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, o a los ejidatarios o comuneros, deben recabarse de oficio todas aquellas pruebas que puedan beneficiar a las entidades o individuos mencionados y acordarse las diligencias que se estimen necesarias para precisar sus derechos agrarios, así como la naturaleza y efectos de los actos reclamados.

Conforme a la "nueva" Ley de Amparo, en el amparo agrario son partes (art. 5o.): 1. El *quejoso*, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, y quien aduce ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa con los actos o resoluciones provenientes de tribunales agrarios. 2. El *tercero interesado*, contraparte del quejoso cuando el acto reclamado emane de un juicio o controversia del orden agrario. El plazo para interponer la *demanda* de amparo es de siete años, contados a partir de que, de manera indubitable, la autoridad responsable notifique el acto a los grupos agrarios (art. 17, frac.

III). La autoridad que lo conozca debe *suplir* la deficiencia de los conceptos de violación o agravios en favor de los ejidatarios y comuneros, en particular cuando el acto reclamado afecte sus bienes o derechos agrarios (art. 79). Se tiene por interpuesta la demanda, a pesar de no exhibir las copias correspondientes (art. 100). El amparo indirecto procede contra actos de tribunales agrarios realizados fuera de juicio o después de concluido (art. 107, frac. IV). La autoridad responsable, en su informe con justificación, además de los criterios generales, debe expresar el nombre y el domicilio del tercero interesado, los preceptos legales que justifiquen los actos que en realidad hayan ejecutado o pretendan ejecutar y si las responsables son autoridades agrarias, la fecha en que se hayan dictado las resoluciones que amparen los derechos agrarios del quejoso y del tercero, en su caso, y la forma y términos en que las mismas hayan sido ejecutadas, así como los actos por virtud de los cuales aquéllos hayan adquirido sus derechos, de todo lo cual deben acompañar al informe copias certificadas, así como de las actas de posesión, planos de ejecución, censos agrarios, certificados de derechos agrarios, títulos de parcela y demás constancias necesarias para precisar los derechos de las partes (art. 117, párrafo quinto). La *suspensión* del acto reclamado procede de oficio y de plano (art. 126, párrafo tercero). Contra las sentencias de organismos jurisdiccionales especializados en esta materia procede el *amparo directo*, por lo que la materia agraria se ha incorporado al sector del amparo contra resoluciones judiciales o amparo casación (art. 170), tal y como acontecía con la ley abrogada.

Finalmente, el desarrollo que actualmente presenta no debe omitir el origen de su existencia, por lo que es conveniente destacar que después de la conquista, el *amparo novohispano o colonial* se erigió como interdicto de los derechos agrarios, o bien como un proceso constitucional de la libertad remoto en esta materia. Un ejemplo de aquél se originó con la demanda de amparo de los habitantes de Santiago Tlatelolco, quienes invocaban a la autoridad virreinal: "…suplicamos a Vuestra Magestad, pues somos leales Vasallos e Servidores mande sean restituydos e seamos amparados en nuestra posesión…".

Juan Rivera Hernández

Amparo contra leyes

El amparo contra leyes es un procedimiento jurisdiccional federal previsto en la Constitución, en el que se faculta al particular a instar a un órgano del Poder Judicial de la Federación para que instrumente un procedimiento en el que se analice una norma general en sentido material (leyes, reglamentos y tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano o cualquier decreto, acuerdo o resolución de observancia general) por estimar que se violan sus derechos humanos, y que por ello resulte contraria a la Constitución federal y a los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. En esas condiciones, sus finalidades se centran en el respeto a la supremacía constitucional y el restablecimiento del orden constitucional que ha sido transgredido por el legislador.

Este procedimiento puede ser instrumentado tanto en la vía indirecta como en la directa, hipótesis que según Fix-Zamudio (2003: 960) permite

distinguir entre la “acción de inconstitucionalidad” (amparo indirecto) y el “recurso de inconstitucionalidad” (amparo directo). Precisa el autor que el primero permite combatir las normas de manera frontal y directa, respecto del cual conoce un juzgado de distrito; en cambio, en el segundo, no se combate la norma de manera inmediata, sino a través de una resolución judicial, a través de la cual se decide si las normas aplicadas por el órgano jurisdiccional de origen son inconstitucionales, procedimiento del cual conocen los tribunales colegiados de circuito.

Además, el amparo indirecto contra leyes es un procedimiento de doble instancia, en el que se deben señalar como autoridades responsables a los órganos emisores de las disposiciones de observancia general, regulado en el art. 107, frac. I, de la Ley de Amparo; en cambio, el amparo directo, regulado en el art. 170 de dicha ley, se desenvuelve en una única instancia, pues el recurso de revisión en contra de la resolución de un amparo directo es excepcional para el caso de que subsista alguna cuestión propiamente constitucional; aunado a ello, en el amparo directo no se señalan a las autoridades como responsables, al no considerarse las normas como actos reclamados.

Asimismo, otra de las diferencias radica en los plazos para promover el juicio, pues en el llamado recurso de inconstitucionalidad, al reclamarse la ley a la luz de su aplicación, se cuenta con 15 días a partir de la notificación de la sentencia definitiva, a diferencia de la acción de amparo contra leyes, la cual puede promoverse en términos del art. 17 de la Ley de Amparo, en dos momentos: a) 30 días a partir de su publicación, cuando las normas sean autoaplicativas, y b) 15 días a partir del primer acto de aplicación, cuando sean heteroaplicativas.

Aunada a las diferencias anteriores, debe considerarse la relativa a los alcances respecto al pronunciamiento de inconstitucionalidad de la norma, pues en el caso del amparo indirecto —al señalarse como acto reclamado— la concesión del amparo se da mediante la desincorporación de ese acto de su esfera jurídica, situación que impide que las autoridades puedan aplicarla nuevamente; en cambio, en el amparo directo —al no ser la norma acto reclamado— el amparo tiene por efecto dejar insubsistente la sentencia y obligar a la responsable a no aplicar el artículo considerado inconstitucional, pero la norma no se desincorpora de su esfera.

De igual forma, si bien los efectos del amparo indirecto impiden que la norma se aplique nuevamente, ello es únicamente respecto del sujeto que solicitó el amparo, supuesto que concretiza el principio de relatividad de las sentencias previsto en la frac. II del art.107 de la Constitución y el art. 73 de la Ley de Amparo, según los cuales las sentencias que se pronuncien solo se ocuparán de los quejosos que lo hubieran solicitado.

En alcance a este principio, la Ley de Amparo, en sus arts. 231 a 235, incorpora un procedimiento con la finalidad de fortalecer el principio de supremacía constitucional, denominado “declaratoria general de inconstitucionalidad”, mediante el cual se faculta al presidente del Pleno o de las Salas de la Suprema Corte de Justicia, informar a la autoridad respecto de la existencia de jurisprudencia por reiteración que declara la inconstitucionalidad de la norma que emitió, con la finalidad de que en el plazo de 90 días la modifique

o derogue, ya que de no hacerlo, y si el Pleno reúne una mayoría de ocho votos, podrá declararse inconstitucional de manera general, y ninguna autoridad estaría facultada para aplicarla.

Este último mecanismo se incorporó con la finalidad de actualizar el juicio de amparo a las normas de derecho comparado e iniciar el camino para lograr un respeto eficaz al principio de supremacía constitucional, al impedir la vigencia de normas cuya inconstitucionalidad ya fue declarada formalmente, sin eliminar una de las características de todo procedimiento judicial, como los efectos *inter partes* y generar excepcionalmente efectos *erga omnes* a las sentencias de inconstitucionalidad pronunciadas en los amparos en revisión, que son del conocimiento de la Suprema Corte de Justicia.

En atención a lo antes dicho, la acción de amparo contra leyes engloba facultades de los dos grandes sistemas de control de constitucionalidad de las leyes: a) el *judicial review* norteamericano, el cual consiste en la facultad atribuida a todos los jueces para declarar en un proceso concreto la inaplicabilidad de disposiciones legales secundarias que sean contrarias a la Constitución y con efectos solo para las partes que intervinieron en la controversia, y b) el control austriaco, en el que existe un órgano especializado denominado tribunal constitucional facultado para decidir las cuestiones relativas a la constitucionalidad de las leyes, el cual debe plantearse por los órganos de Estado afectados en vía principal o de acción. Así, el amparo contra leyes toma ambos sistemas, pues permite el cuestionamiento de las normas partir de un procedimiento específico, ante tribunales federales, con efectos más allá de la controversia, al desincorporar la norma de la esfera del sujeto, aunque ello no puede beneficiar a quien no haya intervenido en la controversia.

No debe perderse de vista que la Suprema Corte —a partir de diversos hechos concretados en la reforma al art. 1 de la Constitución del 10 de junio de 2011, en armonía con el diverso 133 constitucional— ha considerado nuevamente que los jueces ordinarios del país tienen la facultad y deben ejercer un control difuso de la constitucionalidad y convencionalidad de las normas generales en vía de desaplicación, al resolver los procesos ordinarios en los que son competentes; sin embargo, se trata de un procedimiento paralelo a la acción de amparo contra leyes prevista en el art. 107, frac. I, de la Ley de Amparo.

Al igual que el caso del *judicial review,* el amparo contra leyes mexicano se defiende de las críticas democráticas dirigidas a la facultad de los jueces para controlar la voluntad del pueblo expresada en las leyes, pues el amparo fue creado para proteger derechos, y ante la evidencia de una decisión mayoritaria que desconoce esos derechos, el juez, como contrapeso, debe reparar esa afectación y lograr un respeto pleno a la supremacía de la Constitución.

Jorge Mario Pardo Rebolledo

Amparo en África y tribunales constitucionales

La idea de la creación de un Tribunal Africano se remota a la época de los debates que presidieron la elaboración de la Carta Africana durante los cuales se enfrentaron dos tesis. Una tendencia, minoritaria, abogó por la creación de

dicho Tribunal basándose en la poca garantía que ofrecía la Comisión Africana creada por la Carta en cuanto a la protección de los derechos humanos. La otra corriente, mayoritaria, que terminó ganando, defendió la idea de la concepción africana basada en la conciliación más que en los procedimientos jurídicos, en el arreglo de las disputas o controversias.

La negativa de adoptar un tribunal fue justificada por la búsqueda del consenso y de la conciliación prevalecientes en la cultura africana en contra de las soluciones jurídicas, y por la desconfianza que los Estados africanos siempre han expresado con respecto a dichas soluciones a favor de arreglos políticos de los conflictos, por evidentes razones de apego a sus soberanías de reciente adquisición.

Varios factores internos y externos que sucedieron desde la adopción de la Carta Africana contribuyeron al resurgimiento de aquella idea de creación de un Tribunal Africano como mecanismo de protección de los derechos individuales y de resolución de grandes problemas que la Comisión se vio incapacitada a solucionar a causa de la soberanía de los Estados, y la consiguiente violación de los derechos humanos por los gobiernos en situaciones de sitio o emergencia, o en los casos previstos por la leyes nacionales. Dicho con otros términos, se dejaron los derechos humanos a la única responsabilidad interna de los Estados y de los gobiernos no respetuosos de sus propias Constituciones.

La creación de un Tribunal Africano urgía, para invertir en los derechos humanos como caldo de cultivo de la paz, a la estabilidad y al desarrollo en el continente.

El Tribunal resuelve una importante laguna de la Carta Africana mediante la creación de un órgano con carácter jurisdiccional, pues según Mutoy Mabila, "la propia naturaleza del Tribunal y el carácter vinculante de sus decisiones van a paliar las debilidades del proceso de toma de decisiones de la comisión. Este proyecto de reforma constituye, al respecto, un paso decisivo en la protección internacional de derechos humanos en África". La institución de los tribunales constitucionales es, sin duda, una de las mayores innovaciones del constitucionalismo africano en la década de 1990. Si bien la Corte Constitucional fue relegada durante décadas, al mismo tiempo que el propio Poder Judicial que contaba con poco decoro institucional sin eficacia real, los nuevos tribunales constitucionales se instalan en la comodidad de una verdadera división de poderes. Este consuelo esencialmente jurídico garantiza la independencia de la institución frente a los otros poderes, incluyendo al presidente de la República y la Asamblea Nacional. Se consolida la situación de los miembros de estos tribunales y se refuerzan sus facultades. Este es un premio importante para la vida del Estado de derecho.

El Tribunal Africano es menos dependiente de los jefes de Estado y de gobierno que la Comisión Africana. El primero se adecua más a los instrumentos internacionales del mismo tipo (las convenciones Europea y Americana sobre Derechos Humanos en las que se inspira) que la segunda, que tiene una clara especificidad. Ambos destacan por su carácter africano (menos en el protocolo y más en la Carta Africana) al insistir en la conciliación y en el arbitraje. En otros términos, la Comisión es más un instrumento de promoción de derechos humanos, y el Tribunal, de protección, además de tener el primero

un contenido más político que jurídico, mientras que el segundo insiste más en los aspectos jurídicos que políticos.

En definitiva, la Carta Africana es un producto de las concesiones tímidas de los regímenes monopartidistas de la década de los setenta y de los ochenta, y el Protocolo del Tribunal Africano un resultado de la crisis económica y del proceso de democratización o de la apertura política de la posguerra fría.

Jean Cadet Odimba

Amparo interamericano

El amparo interamericano consiste en el derecho de toda persona humana, víctima de una violación a sus derechos humanos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y los demás instrumento interamericanos convencionales sobre la materia o por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana), a interponer una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para obtener la tutela efectiva, cuando dicha violación provenga de cualesquiera de los órganos del poder público de un Estado parte de la CADH, o en su defecto, simplemente de un miembro de la OEA, cuando se hayan agotado los recursos internos conforme a las reglas del derecho internacional o haya operado alguna de las excepciones previstas.

Esta voz, que introdujimos por primera vez en 1998 (Ayala, C., *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos) tiene su origen en la obra de Cappeletti, quien denominó *amparo internacional* a la acción mediante la cual se acude a la jurisdicción internacional de los derechos humanos como el "recurso de amparo individual a nivel supranacional". Asimismo, Gimeno Sendra hace referencia al "amparo internacional" como la acción mediante el cual las personas presentan reclamaciones individuales ante las instituciones internacionales de protección de derechos humanos, en ese caso, refiriéndose a la —entonces Comisión y ahora Corte Europea de Derechos Humanos—.

En el caso del amparo interamericano, los órganos competentes para conocer las peticiones de protección internacional en el caso de los Estados partes de la CADH, es, en primera instancia, la CIDH, y, en segunda instancia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) —para aquellos Estados que hayan aceptado su jurisdicción obligatoria—. En el caso de los demás Estados miembros de la OEA que no hayan ratificado la CADH (o que habiéndolo hecho no hayan aceptado la jurisdiccion obligatoria de dicha Corte IDH), el órgano competente para conocer estas peticiones es solamente la CIDH, con base en la Carta de la OEA, el Estatuto y el Reglamento de la CIDH, y la Declaración Americana.

El objeto del amparo interamericano es la protección, restitución y reparación de los daños causados o atribuibles al Estado por las violaciones a los derechos humanos. De allí que en el caso, de que el Estado haya ratificado la CADH, la petición es en primer lugar decidida por la CIDH, mediante un informe de fondo, el cual contiene las conclusiones y las recomendaciones

reparatorias. Dentro de los tres meses siguientes, de no solucionarse la situación y en el mejor interés de la víctima, la CIDH podrá enviar el caso a la Corte IDH. En esta nueva etapa judicial internacional, las víctimas se incorporan con legitimación propia mediante un escrito autónomo de solicitudes, argumentos y pruebas, el cual, a su vez, debe ser respondido por el Estado demandado. Luego de las pruebas, de la audiencia, y de las conclusiones, el proceso ante la Corte IDH termina con una sentencia definitiva e inapelable mediante la cual, cuando decida que hubo violación de un derecho protegido en la CADH, dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho conculcado, y dispondrá, asimismo, de ser procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la víctima.

Como se dijo *supra*, en el supuesto de que el Estado no haya ratificado la CADH, la petición culminará con el referido informe de fondo de la CIDH, con las conclusiones y recomendaciones reparatorias, las cuales deben ser cumplidas de buena fe por el Estado miembro de la OEA.

El amparo interamericano a su vez incluye una protección cautelar, en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas. Esta protección cautelar puede ser solicitada directamente a la CIDH, la cual tiene competencia para acordar medidas cautelares; o ante la Corte IDH, la cual puede acordar medidas provisionales. En los asuntos que esté conociendo la Corte IDH, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes a instancia de parte o aun de oficio, y si se tratara de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, solo podrá actuar a solicitud de la Comisión.

Carlos Ayala Corao

Amparo. Juicio en línea

"Juicio" es el litigio o controversia surgido entre personas con intereses opuestos que se dirimen por el conocimiento de una autoridad investida de jurisdicción; ésta dicta una resolución que otorgue certidumbre sobre el derecho pretendido por las partes, obligando a su reconocimiento, respeto o satisfacción.

Los estudiosos del derecho procesal aclaran que existe una distinción entre los términos "juicio", "litigio", "proceso" y "procedimiento"; esto permite definir con más fortuna dichos conceptos. "Juicio" proviene del latin *iudicium,* que significa el conocimiento de una causa en la cual el juez ha de pronunciar sentencia. Es una expresión que guarda relación con el conjunto de actos que se ejecutan por o ante el órgano del Estado investido, constitucional y legalmente, de jurisdicción y competencia para resolver las controversias entre particulares y los órganos estatales, con motivo de la aplicación, interpretación o integración de las normas jurídicas. Lo anterior, la doctrina lo identifica como "proceso".

La expresión "en línea", que puede relacionarse con lo digital, electrónico o de internet, es el resultado de la traducción al español del anglicismo *"online"*, que refiere a la conectividad mediante la cual es posible ingresar a un

sistema informático, almacenado en un servidor central, mediante la red de redes o internet desde cualquier terminal conectada a ésta.

El juicio en línea se define como el proceso jurisdiccional cuyos actos coordinados son susceptibles de desahogarse por medio de un sistema informático conectado a una red, que permite el ingreso de las partes para el intercambio de información y comunicación, entre éstas y el juez del conocimiento, con independencia de la instancia en que se encuentre el proceso, así como la consulta, resguardo y archivo de los documentos electrónicos que conformen el expediente judicial.

El juicio de amparo en línea es la adaptación del procedimiento de esa rama del derecho constitucional a la nueva sociedad de la información, y que permite:

1. Facilitar el acceso al sistema de impartición de justicia constitucional. El uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación han permeado en todos los estratos de la sociedad mexicana, teniendo presencia en localidades donde no existen juzgados de distrito ante los cuales poder acudir en defensa de los derechos constitucionales.

Definido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como la posibilidad material y jurídica de cualquier persona de acudir al sistema de justicia de forma efectiva, el acceso a la justicia ha sido considerado como el derecho que, aunado al de libertad, se ha convertido en uno de los pilares de nuestro sistema de defensa de los derechos humanos, constituyendo su tutela, aplicación y respeto, un mecanismo de garantía en el ejercicio de los derechos fundamentales que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El hecho de que una persona pueda promover, consultar y allegar sus pruebas a un juicio de amparo en su lugar de residencia, a través de medios electrónicos, contribuye a la satisfacción de la prerrogativa fundamental en cita.

2. Modernizar el desahogo de los procedimientos. La tradición jurídica mexicana ha estado llena de fórmulas y actuaciones sacramentales dentro de sus procesos y, al igual que las relaciones entre los individuos, han sido modificadas con el uso de las TIC, con la finalidad de alcanzar con plenitud los principios previstos en el art. 17 constitucional (justicia pronta, completa e imparcial), mediante un proceso público sin dilaciones indebidas.

3. Abaratar los costos del servicio que presta el Poder Judicial de la Federación. La implementación del juicio en línea requiere de tribunales equipados tecnológicamente y de personal calificado, cuya erogación de recursos públicos son inferiores a la inversión requerida para edificar inmuebles que alberguen órganos jurisdiccionales.

El juicio en línea debe contener requisitos mínimos de seguridad, interconexión e interoperabilidad.

Seguridad. Es ingresar al sistema informático de manera confiada para albergar el juicio en línea, así como el intercambio protegido de documentos y de información a través de la misma red; impone, además, formas de identificación y autenticación de sus usuarios. Para ello, el legislador contempla

la utilización de la firma electrónica como el medio para ingresar al sistema electrónico del Poder Judicial de la Federación, otorgándole los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa.

Por firma electrónica debe entenderse un conjunto de caracteres técnicos matemáticos generados por medios electrónicos bajo el exclusivo control de un determinado usuario que permite vincularlo únicamente a él y a los documentos que lo contengan, revistiéndolos de: a) autenticidad, por generar la certeza de que un documento electrónico o mensaje de datos fue emitido por el firmante, por lo que su contenido y consecuencias jurídicas le son atribuibles; b) integridad, al revestirlo con la presunción de que el documento o mensaje permanece completo e inalterado desde su firma; c) no repudio, pues garantiza la autoría del firmante; d) confidencialidad, al reducir la posibilidad de que solo pueda ser cifrado por el firmante y el receptor; e) equivalencia funcional, al considerar que satisface el requisito de firma, del mismo modo que la firma autógrafa en los documentos impresos.

Interconexión. Al prever el Poder Legislativo la presentación de promociones electrónicas mediante el empleo de las tecnologías de la información, aun cuando en el art. 3 de la Ley de Amparo alude a los órganos jurisdiccionales que se encuentran bajo la administración del Consejo de la Judicatura Federal, que excluye a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, impone la necesidad de que los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación cuenten con sistemas electrónicos debidamente interconectados para así ofrecer al usuario del sistema de impartición de justicia federal un servicio integral.

El máximo tribunal, al conocer los múltiples procedimientos vinculados con el juicio de amparo, en su carácter de máximo intérprete de la Constitución, lleva a cabo innumerables comunicaciones existentes entre éste y los juzgados de distrito y los tribunales de circuito, así como del Tribunal Electoral, de ahí la necesidad de establecer un sistema electrónico del Poder Judicial de la Federación, así como de los tres subsistemas que lo integran (Corte, Tribunal Electoral, juzgados de distrito y tribunales de circuito y Consejo de la Judicatura), cada uno como emisor de sus certificados digitales de la firma electrónica. Ello implica que la programación de las aplicaciones a utilizar en cada subsistema se diseñe con los mismos lenguajes informáticos y compatibles que permitan crear un ambiente casi imperceptible de la salida de un subsistema y del ingreso a otro.

La utilización de las tecnologías de la información (TIC) no ha sido exclusiva de los tribunales del Poder Judicial de la Federación. Los poderes judiciales locales llevan a cabo innumerables esfuerzos para integrar a las TIC a sus sistemas de impartición de justicia; la administración pública, encabezada por el Ejecutivo Federal y algunos gobiernos locales, empieza a integrar su funcionamiento dentro de un gobierno electrónico. De ahí que si la actividad de dichos entes públicos es generadora de resoluciones, éstas constituyen, en su gran mayoría, la materia de análisis y pronunciamiento en el juicio de amparo. Es indudable que en un futuro inmediato los sistemas informáticos llegarán a interconectarse con los del Poder Judicial de la Federación, lo que

vendrá a cerrar el círculo informático para contar con un verdadero juicio en línea.

Interoperabilidad. Esta característica permite el reconocimiento recíproco de firmas electrónicas expedidas con base en certificados digitales emitidos por entes diversos; las firmas electrónicas expedidas por el Consejo de la Judicatura Federal a los servidores públicos, adscritos a los diferentes órganos jurisdiccionales bajo su administración o a las unidades administrativas que lo conforman serán reconocidas y aceptadas en los subsistemas de la Suprema Corte de la Nación y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Al igual que la interconexión, la interoperabilidad de los sistemas tendrá que diseñarse de manera tal que en un futuro se reconozcan y admitan las firmas electrónicas de los integrantes del Poder Judicial de la Federación.

Edwin Noé García Baeza

Amparo laboral

El amparo laboral es un instrumento de defensa de control de legalidad y constitucionalidad, que tiene como particularidades la suplencia de la deficiencia de la queja, el principio de subsistencia y la inoperancia de la caducidad.

El juicio de amparo aparece por primera vez en los arts. 101 y 103 de la Constitución de 1857. Surge para proteger solo las garantías individuales, ya que si bien en la Constitución de 1857 se discutió la necesidad de incluir en la misma los derechos sociales (particularmente por Ponciano Arriaga e Ignacio Ramírez), dicha discusión no se reflejó finalmente en el texto constitucional. Una vez que aparecen los derechos sociales en la Constitución de 1917, la Ley de Amparo de 1936 introduce el amparo en materia laboral.

Asimismo, a partir de la ejecutoria "La Corona", de febrero de 1924, la SCJN reconoció a las juntas de conciliación y arbitraje (JCA) como tribunales de derecho de competencia especializada. Posteriormente, la Ley Federal del Trabajo (LFT) de 1931, en su art. 551, estableció la naturaleza de tribunales de derecho de las JCA (tribunales de trabajo que hoy en día dependen del Poder Ejecutivo), al otorgarle a sus resoluciones (laudos) el carácter de sentencias judiciales.

Por su parte, la Ley de Amparo (LA), del 10 de diciembre de 1936, en su exposición de motivos, por un lado reafirmó la naturaleza de sentencias judiciales a los laudos de las JCA ("El Ejecutivo ha estimado que los laudos de las juntas de Conciliación y Arbitraje, tal y como en la actualidad se dictan, son equiparables a las sentencias definitivas emitidas en materia civil por autoridades judiciales y ,en consecuencia, que en contra de ellas procede el recurso de amparo directo..."), y por otro lado señaló las particularidades sociales de la suspensión en materia laboral. En la exposición de motivos se señala la necesidad de que la justicia laboral "…lo sea sin sujetarse a las largas y difíciles tramitaciones que son propias de otra case de juicios".

El art. 158, frac. III, de la LA estableció la procedencia del amparo directo contra los laudos dictados por las JCA. Además, en su art. 174 se inició

la tenencia tutelar o protectora del amparo para los trabajadores, ya que estableció el principio de subsistencia: "Tratándose de laudos de las juntas de Conciliación y Arbitraje, la suspensión se concederá en los casos en que, a juicio del presidente de la junta respectiva, no se ponga a la parte que obtuvo, si es la obrera, en peligro de no poder subsistir mientras se resuelve el juicio de amparo, en los cuales sólo se suspenderá la ejecución en cuanto exceda de lo necesario para asegurar tal subsistencia".

Del desarrollo del amparo laboral en nuestro país se puede afirmar que a lo largo de su historia han desarrollado una serie de particularidades, a saber: la suplencia de la deficiencia de la queja, el principio de subsistencia y la inoperancia de la caducidad, aunque esta última con la reciente reforma en materia de amparo ha sido extendida.

La suplencia de la deficiencia de la queja. En materia laboral, el 19 de febrero de 195, en el tercer párrafo de la frac. II del art. 107 constitucional se establece que la suplencia de la queja "Podrá suplirse la deficiencia de la queja en materia penal y de la parte obrera en materia de trabajo". A partir de la reforma constitucional del 7 de abril de 1987 se le otorga a la suplencia de la queja el carácter obligatorio. La Ley de Amparo, en su art. 76 bis, establece que las autoridades que conozcan del juicio de amparo deberán suplir la deficiencia de los conceptos de violación de la demanda, así como de los agravios formulados en los recursos establecidos por la Ley de Amparo. En la frac. IV del art. en comento, particularmente se establece que "…en materia laboral, la suplencia sólo se aplicará a favor del trabajador".

La jurisprudencia, por su parte, ha extendido la suplencia de la queja al establecer que ésta ópera aun ante la *ausencia total de conceptos de violación y agravios* (jurisprudencia 39/95); asimismo, la suplencia de la queja también procede a favor del sindicatos tratándose de la inexistencia de una huelga (tesis 2ª.XLVI/90).

Garantía de subsistencia. En la práctica se suele establecer la garantía de subsistencia de 4 a 6 meses de salario, según determine la JCA. En caso de que se niegue el amparo al patrón, la cantidad consignada como garantía de subsistencia se toma a cuenta de la condena. Destaca señalar también que si se le concede el amparo a la parte demandada, y en ese sentido cambia el laudo de la JC de condenatorio a absolutorio, la demandada pierde el monto entregado como garantía de subsistencia.

Cuando el laudo ordene la reinstalación y el trabajador regresa a su trabajo, lo que permite subsistir mientras se resuelve el amparo interpuesto por el empleador, puede concederse la suspensión respecto a los salarios caídos y otras prestaciones involucradas en la condena.

Inoperancia de la caducidad. En materia de trabajo, el sobreseimiento por inactividad procesal o caducidad de la instancia funcionaba solamente cuando el quejoso era el patrón, según lo establecía el art. 74, frac. V, de la LA. Sin embargo, ahora con la reforma al juicio de amparo se elimina el sobreseimiento por inactividad procesal y caducidad de la instancia, teniendo el juez que resolver necesariamente sobre el fondo del asunto, independientemente de que se trate del trabajador o del empleador.

Cabe señalar que ahora el nuevo juicio de amparo abre varias ventanas de oportunidades en materia de derecho social a partir de la reforma constitucional de los arts. 103 y 107 de junio de 2011 y de la nueva LA, del 2 de abril de 2013: 1. Los tribunales federales tutelarán además de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano. En ese sentido, las normas internacionales laborales cada vez ocuparán un papel más importante en la legislación mexicana, en su calidad de normas nacionales de fuente internacional. 2. Con las reformas incorporadas, ahora el amparo procede no solo por lo que la autoridad haga, sino también por lo que deja de hacer. Recordemos que los derechos sociales implican obligaciones de hacer. En ese sentido, si una autoridad es omisa en el cumplimiento de una obligación (por ejemplo, el derecho a contar con un trabajo), cualquier persona afectada estará en condiciones de reclamar dicha omisión a través del amparo. 3. En atención al interés social y a solicitud y justificación de alguna de las cámaras del Congreso de la Unión o del Ejecutivo Federal, la SCJN podrá atender prioritariamente las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad. Sin duda, los temas de naturaleza agraria o laboral podrían ser considerados de interés social. 4. La Ley de Amparo solo protegía a quienes tenían un interés jurídico, y no aquellos que si bien eran afectados indirectamente no contaban con un interés jurídico para poder ampararse. Ahora, se incluye la procedencia del amparo por violaciones a un *interés legítimo* (afectación indirecta) individual o colectivo. Un ejemplo reciente puede ser el amparo concedido (la suspensión definitiva fue concedida el 27 de febrero de 2012) al Sindicato de Trabajadores de la Industria Metal Mecánica y Sidero-Metalúrgica, que interpuso el 8 de febrero de 2012, en contra del proceso de desgravación arancelaria a la importación de acero. El *interés legítimo* del sindicato se fundó en el hecho de que la industria del acero ocupa en nuestro país más 500 mil empleos. 5. Sin duda, las otras nuevas regulaciones que aparecen en el nuevo juicio de amparo como las omisiones legislativas, relevantes para la eficacia de los derechos sociales, la posibilidad de ampararse también contra actos de particulares, cuando realizan funciones de autoridad y que se consideren violatorios de derechos fundamentales; la incorporación del amparo adhesivo, así como la aplicación universal, bajo una serie de supuestos, de una resolución que declara inconstitucional una norma.

Alfredo Sánchez-Castañeda

Amparo local (México)

Cuando en el año 2000 se realizó la reforma integral de la Constitución Política de Estado de Veracruz se incorporó el juicio para la protección de derechos humanos, que fue impugnado por varios municipios de esa entidad a través del mecanismo de controversia constitucional federal (controversias constitucionales 10/2000, 15/2000, 16/2000, 17/2000 y 18/2000), pues los promoventes consideraban que con dicho juicio se invadía la esfera de competencia de los tribunales federales (en concreto, con relación al juicio de amparo federal). Sin embargo, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia mexicana

consideró que dicha reforma era plenamente constitucional, porque la facultad otorgada a la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia de Veracruz, de conocer del juicio que estamos comentando, únicamente tutela los derechos fundamentales consagrados en la Constitución local, sin que la Sala tenga atribuciones para pronunciarse sobre violaciones a los derechos humanos previstos en la Constitución federal, por lo que no se invaden esferas de competencias de los tribunales federales.

Con esta resolución, la Suprema Corte entiende que la Constitución mexicana no contiene un catálogo único (cerrado o restringido) de derechos, sino que los derechos consagrados por ella representan ese mínimo indispensable que todo régimen democrático debe enumerar y proteger, sin que ello implique que las entidades federativas no puedan maximizar el catálogo de derechos ahí contemplados, con la única limitante de no reducir el contenido de los derechos consagrados a nivel federal (César I. Astudillo Reyes, 2004).

Además de Veracruz, también se establecen sendos juicio de protección de los derechos humanos en los modelos de justicia constitucional de los estados de Tlaxcala, Querétaro y Nayarit. En estas cuatro entidades federativas el objeto del amparo es proteger los derechos contenidos en sus respectivas Constituciones; aunque en Querétaro y Nayarit están también protegidos los derechos contemplados en los tratados internacionales que formen parte del derecho nacional. Y en Tlaxcala se incluye a las disposiciones establecidas en la legislación que derive de la Constitución local.

En Tlaxcala se especifica que la promoción de este medio de control es optativa. Lo anterior puede ser entendido en el sentido de que este tipo de juicio nunca podrá ser una instancia obligatoria que genere un mayor destino de tiempo y recursos para el particular en la defensa de sus intereses jurídicos; o bien que es de uso optativo para los sujetos legitimados, pues cualquier trasgresión a los derechos fundamentales contemplados en la Constitución local constituye una violación indirecta a la Constitución federal, por lo que el sujeto que considere afectados sus derechos tiene la opción de promover el juicio de amparo federal.

En relación con este último punto, conviene preguntarse si es oportuno que el sujeto que tiene la legitimación activa pueda ejercer discrecionalmente el juicio de amparo federal o el llamado juicio de amparo local. Considero que no puede ser así, pues los jueces constitucionales locales tienen la facultad de conocer del juicio de protección de derechos humanos local para salvaguardar los derechos previstos en las Constituciones estatales, mientras que el juicio de amparo federal protege los derechos establecidos en la Constitución mexicana. Por lo tanto, las legislaciones en materia de justicia constitucional local bien podrían señalar que una vía excluye a la otra, pues de esta manera se evitarían algunos de los problemas que se desprenden de esta falta de precisión legal.

La observación de los catálogos de derechos establecidos en Veracruz, Tlaxcala, Querétaro y Nayarit no solo evidencia que se reproducen algunos derechos contemplados por la Constitución federal (sin que ello implique que dejen de tener la calidad de derechos estatales), sino también se incluyen derechos que no están contemplados en la Constitución federal, o se tutelan

derechos pertenecientes a diferentes generaciones. Así, tenemos que en el supuesto de que una Constitución local contemple un derecho fundamental que no esté reconocido por la Constitución federal, entonces la competencia será exclusiva de la jurisdicción constitucional local.

Por otra parte, la legislación de Tlaxcala establece que este juicio se promueve contra normas jurídicas de carácter general que emanen de los poderes Legislativo o Ejecutivo del estado, de los ayuntamientos o consejos municipales, de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, o cualquier otro organismo público autónomo o descentralizado, y en general de cualquier autoridad estatal o municipal. También es procedente en contra de actos materiales u omisiones, de cualquiera de las autoridades y organismos antes mencionados, siempre y cuando no exista ningún otro medio de defensa legal mediante el cual el Tribunal Superior de Justicia o sus salas puedan modificar o revocar esos actos.

En términos generales, la legitimación procesal activa en Veracruz, Tlaxcala, Querétaro y Nayarit corresponde a cualquier persona física o jurídica que se considere afectada en sus derechos.

En particular, la legislación de Veracruz establece dentro de este tipo de legitimación a las personas físicas, morales, grupos familiares y sociales, las comunidades o pueblos indígenas, cuyos derechos humanos hayan sido violados por la autoridad. Cualquier persona podrá presentar en nombre de otra la demanda respectiva cuando se trate de ataques a derechos que pongan en riesgo la vida o integridad personal de la persona en cuyo nombre se solicita cuando el actor se encuentre privado de su libertad y en ello consista la queja, inclusive por comparecencia. En este último supuesto se admitirá provisionalmente la demanda, ordenándose la correspondiente ratificación por el quejoso directo.

En el caso de Nayarit, se otorga legitimación a la Comisión Estatal de Derechos Humanos cuando la violación pueda constituir un crimen de lesa humanidad, quien deberá seguir el juicio en todas sus etapas.

En Tlaxcala y Nayarit también pueden activar este mecanismo los menores de edad, sin que intervenga su representante legítimo, cuando éste se halle ausente o impedido. En este caso, el presidente del Tribunal —en Tlaxcala— o el magistrado instructor —en Nayarit— le nombrará un representante especial para que intervenga en el juicio. En Tlaxcala se prevé que el presidente del Tribunal impondrá una multa de tres a treinta días de salario al promovente del juicio si carece del carácter con que se ostentó. Asimismo, ordenará al actor que ratifique la demanda y, en caso de que no lo haga, quedarán sin efecto las providencias dictadas, pero si la ratifica, se tramitará el juicio.

En cuanto a la legitimación procesal pasiva, en Querétaro la tienen las personas de derecho público o privado, física o moral, a la que se le impute la violación del derecho fundamental. En Veracruz y Tlaxcala se concretiza mejor este tipo de legitimación al señalar que el juicio se podrá promover en contra de los poderes Legislativo y Ejecutivo del estado. Pero además en Veracruz también se incluye a los titulares de las dependencias o entidades de la administración pública estatal, municipal y de los organismos autónomos del

estado; por su parte, en Tlaxcala se promueve en contra de los ayuntamientos o concejos municipales, de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, de los demás organismos públicos autónomos descentralizados, y en general de cualquier autoridad estatal o municipal, y en Nayarit la legitimación es más amplia, pues se refiere a que el juicio procede contra cualquier autoridad.

En Veracruz, Tlaxcala, Querétaro y Nayarit la sentencia que conceda la protección tendrá por objeto restituir a la parte agraviada en el pleno goce del derecho vulnerado (efectos *inter partes*), restableciendo las cosas al estado que guardaban hasta antes de la violación, si su naturaleza lo permite.

El instrumento de tutela de derechos en Veracruz, a diferencia del amparo federal, adolece de la suspensión del acto reclamado como medida cautelar; pero contempla la reparación del daño, al establecer una indemnización para la parte agraviada por los daños y perjuicios que le fueron causados, aun los de carácter moral. Y en la legislación de Tlaxcala, además se establece que cuando el acto reclamado sea de carácter negativo o consista en una omisión, el efecto será obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía respectiva.

En este punto vale la pena resaltar el tratamiento que en Nayarit se le da a los efectos de la sentencia, la cual puede tener tres variantes: la primera conceder, la segunda denegar la protección y la tercera, que es la más interesante, contempla efectos interpretativos que establecen la constitucionalidad del acto o ley impugnada, pero fijando el sentido de su interpretación y ejecución para respetar el derecho de quien promueve.

Por último, en Veracruz se otorga a la autoridad responsable un término para que cumpla con la sentencia de amparo; en cambio, en Tlaxcala y Querétaro no hay ninguna disposición que señale el plazo en el que la autoridad deba cumplir la sentencia.

Giovanni A. Figueroa Mejía

Aplazamiento de vista de acciones de inconstitucionalidad

Es una figura procesal que encuentra su fundamento en los arts. 37 y 43 de la Ley Reglamentaria de las Fracs. I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en el Acuerdo General 7/2008, del veinte de mayo de dos mil ocho, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el que se regula el aplazamiento de la resolución de controversias constitucionales o acciones de inconstitucionalidad con motivo de la ausencia de alguno o algunos de sus integrantes. Su objetivo es no obstaculizar el acceso a la justicia que contempla el art. 17 constitucional, y brindar seguridad jurídica en los pronunciamientos sobre la constitucionalidad de una norma general impugnada por medio de una acción abstracta de inconstitucionalidad.

Consiste en la postergación de discusión del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando el secretario general de acuerdos, al iniciar la etapa de intención de voto, advierte que la sesión no se encuentra integrada

con la totalidad de los ministros, y que con la participación del o los ausentes podría obtenerse una votación mayoritaria.

Ante esa advertencia, el ministro presidente somete a consideración de los presentes, si la sesión debe aplazarse para una próxima, e integrado en su totalidad el Pleno, se pueda proseguir con la discusión.

Dicha advertencia no solo puede ser mencionada por el secretario general de acuerdos, pues en atención al art. 19 del Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cualquiera de los ministros puede solicitar el aplazamiento de cualquier asunto, salvo que por la excepcionalidad del caso el Pleno decida no hacerlo.

Edgar S. Caballero González

Aplicación del derecho

La aplicación del derecho es el conjunto de actividades realizadas en la vida social conforme a lo dispuesto por las normas jurídicas. Se refiere a que toda conducta de los sujetos destinatarios de las normas jurídicas se ajusta a lo establecido en las mismas.

La aplicación del derecho es el principio rector de todo Estado de derecho, donde el poder se encuentra limitado y regulado por las normas jurídicas.

Inicialmente, el concepto de aplicación del derecho se encontraba únicamente referido a la función judicial; es decir, a la actividad realizada por los órganos jurisdiccionales mediante la cual resuelven un caso conforme a la disposición legal aplicable, la aplicación del derecho a los hechos. Sin embargo, la aplicación judicial del derecho es solo una de las posibilidades de esta actividad; los actos realizados por autoridades u órganos administrativos, legislativos o incluso por los órganos autónomos, es una aplicación no judicial del derecho.

La aplicación del derecho es el principal componente de los principios de certeza y seguridad jurídica, así como del principio de legalidad *lato sensu;* por ello se requiere de un sistema normativo claro, coherente, completo y operativo, donde la realidad jurídica concuerde con la realidad social. De no ser así, nos enfrentamos a una ineficacia del orden jurídico, dando como resultado su inaplicabilidad.

La doctrina ha establecido tres tipos de aplicación del derecho: la *aplicación automática,* referida a que las normas se respetan de manera espontánea por los ciudadanos y el Estado sin necesidad de recurrir a algún tipo de coacción; la *aplicación burocrática,* donde existe la intervención de la autoridad de una manera mecánica y repetitiva, al tratarse de casos complicados que implican reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la norma, y por último, la *aplicación particularizada,* referida a aquellos casos de particularidades especiales y únicas, donde se requiere de una actividad interpretativa, o bien de una exigencia de ponderación de derechos y valores.

Tradicionalmente el razonamiento para la aplicación de los preceptos del derecho es de tipo silogístico, lo cual supone la previa determinación de la norma a aplicarse. La operación intelectual que suele efectuarse consiste en

concebir de manera abstracta el hecho, para examinar posteriormente si dentro de un ordenamiento jurídico específico existe alguna norma que lo prevea y, por lo tanto, lo resuelva: premisa mayor, premisa menor y conclusión, donde la premisa mayor está constituida por una norma general, abstracta, impersonal y obligatoria; la premisa menor, por un hecho jurídico determinado, previamente comprobado y calificado, y la conclusión, por una proposición que tiene el carácter de juicio normativo individualizado.

Es por esto que es preciso conocer el significado de la norma, a través del análisis de su contenido y considerar las variables de aplicación definidas por las propias normas (ámbitos de validez). No obstante, el juez —y otros operadores que aplican el derecho— en muchas ocasiones, se enfrentan a una serie de problemas derivados de la falta de precisión, ambigüedad, lagunas o contradicciones que presentan las normas jurídicas.

La jurisprudencia, interpretación judicial de las normas, emitida por las instancias judiciales superiores, es también una forma de aplicación del derecho; en ella se establecen criterios de aplicación de carácter obligatorio, los cuales generan uniformidad en las decisiones judiciales.

En este sentido, la aplicación del derecho por parte de los órganos jurisdiccionales ha dejado de ser una tarea mecánica o un proceso cognitivo limitado, convirtiéndose en una actividad de interpretación y argumentación, donde se busca que la decisión de los juzgadores se realice considerando todos los factores que intervinieron en el hecho concreto a estudiar; factores de género, condición social, pertenencia a grupos étnicos o en situación de vulnerabilidad, deben ser considerados para la toma de decisión. Además, los derechos humanos deben conformar el argumento toral de toda resolución judicial, tanto en las cortes y tribunales nacionales como en los internacionales.

Teresa Paulina Díaz García

Argumento *a generali sensu*

El argumento *a generali sensu* o por el sentido general pertenece a la categoría de los argumentos lingüísticos de tipo semánticos que apelan al significado de uso común o técnico de un término. Estos argumentos determinan si un concepto es vago, ambiguo o evaluativamente abierto, y, por lo tanto, los hechos que se disputan caen en dicho ámbito semántico. El resultado de la interpretación semántica es la determinación de la existencia de un problema que se resuelve con la ayuda de otros argumentos. En general, prevalece el sentido común de un término, salvo cuando se trate de una materia especial que requiera de términos técnicos.

Es un tipo de argumento que apela a la generalidad de la ley, de tal forma que si el legislador la expresó en un sentido general, el intérprete no debe entenderla en un sentido particular. El fundamento de este argumento es que el legislador emite la ley para una generalidad de casos, de modo que el énfasis del argumento recae en la obligatoriedad de la norma, la cual ha de ser cumplida en los términos en que fue expedida por el legislador. Con ello se vincula al intérprete al principio de legalidad en sentido estricto, y lo sujeta a la voluntad del legislador.

La regla general de interpretación es que si la ley está tomada en sentido general, el intérprete no debe entenderla en sentido particular, "Ubi lex no distinguit, ec nos distinguere debemus", es decir, donde la ley no distingue no debe hacerse una distinción. De modo que el jurista puede proceder a partir del significado general de la norma para determinar el sentido de una norma concreta y su aplicación, pues no le es permitido hacer distinciones que la ley no hace de modo expreso.

Este tipo de argumentos se consideran como paralógicos, ya que se basan en técnicas retóricas. El argumento *a generali sensu* puede servir para realizar una interpretación extensiva de las normas en los casos en que hay razones de semejanza en el supuesto de hecho que justifican su aplicación a otros supuestos de hecho.

Carla Huerta Ochoa

Argumento a rúbrica

Desde el punto de vista lógico, el argumento es la expresión de un razonamiento, aunque el término "argumento" es utilizado para referir en un sentido amplio un razonamiento mediante el cual se pretende probar o refutar una tesis, con objeto de convencer a alguien de la verdad o falsedad de la misma. La validez del argumento depende de su corrección lógica, tanto en sentido formal como en el material. Este tipo de argumentos, sin embargo, se consideran como extralógicos, ya que se basan en criterios puramente jurídicos.

El argumento a rúbrica es aquel por medio del cual la atribución de significado se realiza a partir del título o rúbrica que encabeza el grupo de artículos en el que se encuentra ubicado el enunciado, ya que se piensa que los títulos proporcionan información sobre el contenido regulado bajo los mismos, por no ser casual, sino consecuencia del diseño institucional del legislador, por lo que manifiestan su voluntad. Es un argumento de congruencia que apela a la coherencia del sistema jurídico.

El título o rúbrica de un grupo de artículos proporciona un argumento lógico de su dependencia en virtud de su relación sistemática. Significa atribuir a un enunciado un significado sugerido por el título o rúbrica que encabeza un conjunto de artículos en el que el enunciado interpretado se encuentra. Pertenece al tipo de argumentos sistemáticos que se fundan en la idea de la unidad o coherencia del sistema jurídico, específicamente al grupo de argumentos contextuales, que se identifican por recurrir al método de la ubicación en el texto legal y a la relación de la norma con el resto del ordenamiento.

Los argumentos sistemáticos se caracterizan por el hecho de que para atribuir significado a una disposición se tiene en cuenta el contenido de otras normas, su contexto jurídico, y su uso se justifica en la idea de que las normas forman un sistema que obtiene su coherencia del diseño racional realizado por el legislador.

Este tipo de argumento se justifica en la noción de que existe una sistematización racional de las disposiciones de un texto legal, expresión implícita de la voluntad del legislador, lo que permite presumir que el legislador dispone

de manera lógica y racional las materias tratadas. Asimismo, se presume para su interpretación, que las intenciones del legislador quedan correctamente plasmadas en los títulos de las leyes y de las divisiones que realiza en su actividad legislativa.

El argumento a rúbrica se basa en el título de un texto normativo, del apartado, del capítulo, de la ley, y aun cuando no se puede considerar como una norma jurídica en sentido estricto, indica la validez de una norma frente a otras en atención al lugar que ocupa dentro del propio ordenamiento. El método de recurrir al título se conecta además con los argumentos genéticos que apelan a la voluntad del legislador histórico, así como a los lingüísticos a efectos de especificar la interpretación mediante el establecimiento del significado de uso común o técnico de los términos a los que el título hace referencia.

Carla Huerta Ochoa

Argumento analógico

Es uno de los argumentos jurídicos especiales más importantes, junto al argumento *a contrario*, el argumento *a fortiori* y el argumento apagógico o de reducción al absurdo. Se emplea para colmar o llenar lagunas jurídicas, y puede tener cercanía con una de las vertientes del argumento *a contrario*: la llamada vertiente productiva. El argumento analógico produce de manera expresa y explícita una nueva norma, a diferencia del argumento *a contrario,* que en su versión productiva la produce implícita. Es en este último sentido que se dice que el argumento *a contrario* es una técnica de integración del derecho. Para Guastini, la prohibición que existe en el derecho penal para aplicar la analogía se reduce a la obligación de usar el argumento *a contrario* de forma productiva; es decir, estimando que existe una norma implícita respecto a las normas imperativas del derecho penal que permiten y no sancionan implícitamente las conductas no reguladas o tipificadas.

La analogía sirve para colmar lagunas jurídicas, concepto problemático para la teoría del derecho, pues hay autores que niegan la existencia de auténticas lagunas en el derecho. Sin embargo, para la mayoría de los autores no existe conflicto al momento de definir lo qué es una laguna. Una laguna existe cuando falta en un ordenamiento una regla en la que el juez pueda basarse para resolver un conflicto planteado. En otras palabras, las lagunas se producen cuando la ley u otra fuente formal del derecho no pueden resolver un problema jurídico.

El argumento analógico es también conocido como argumento *a pari* o *a simili*, aunque hay autores como Perelman que no lo entienden como *a simili* o *a pari,* y lo conciben más bien como una similitud de estructuras, una suerte de metáfora. Este argumento consiste en atribuir a un supuesto de hecho no regulado la consecuencia jurídica prevista para otro distinto a él, pero con el que guarda una semejanza. Es una forma de interpretación extensiva, que deviene de la semejanza entre el supuesto de hecho regulado y el no regulado. El vínculo entre los dos supuestos de hecho —el regulado y el no regulado— es la razón que fundamenta la norma en el supuesto regulado que se conoce como *ratio legis*, lo que implica que antes de construir la norma analógica es preciso

identificar y definir la *ratio legis* a través de algún otro método de interpretación o argumento para poderla aplicar al supuesto de hecho no regulado.

La identidad de razón o *ratio legis* puede tener el significado de finalidad; se trata del "para qué" de la norma. También podemos identificar la *ratio legis* con la pregunta "por qué" la norma o definir la *ratio legis* a partir del objeto de la norma. Por ejemplo, para extender a los hombres una norma que confiere un derecho a las mujeres es necesario mostrar que ese derecho es conferido a las mujeres en cuanto seres humanos, o en cuanto a trabajadoras, o en cuanto a ciudadanas, y no en cuanto a mujeres. En síntesis, para identificar la *ratio legis* es necesario ir a la razón, motivo o finalidad que funda la justificación de la norma que será la base para crear la norma analógica.

El argumento analógico no es estrictamente un argumento interpretativo de disposiciones preexistentes, sino un argumento productivo de derecho nuevo. Sin embargo, este punto no es del todo claro. Algunos podrían pensar que la analogía y la interpretación extensiva son términos equivalentes porque la analogía amplía los significados normativos de la norma base, pero también se podría sostener que la finalidad de la analogía es diferente a la interpretación extensiva, porque crea derecho nuevo, una norma diferente y, en este sentido, su función productiva es distinta.

Existen dos tipos principales de analogía: la analogía *legis* o individual y la analogía *iuris* o conjunta. La analogía *legis* toma como punto de partida una disposición concreta de la ley para aplicarla a casos idénticos, por la razón de igualdad o idea fundamental. La analogía *iuris* o conjunta procede de una abstracción general a base de varias normas particulares y después trata de aplicar la norma general obtenida al caso particular. En la analogía *iuris* se inicia la producción analógica de una pluralidad de disposiciones singulares de las que se extraen, por vía de inducción, principios generales, los que se aplican a casos que no caen bajo ninguna de las disposiciones de la ley. En la analogía *legis* se procede de lo particular, mediante comparación, a lo particular, y en la analogía *iuris* se opera de lo particular a lo general, y de lo general, mediante subsunción, a lo particular.

Jaime Cárdenas Gracia

Argumento apagógico

El argumento apagógico o de reducción al absurdo intenta demostrar la verdad de una tesis dando un rodeo. El argumento considera la existencia de una o varias tesis cuya verdad de entrada no se excluye, y que se colocan frente a otra tesis cuya falsedad se pretende afirmar. Las consecuencias de esta segunda tesis se muestran contrarias a una tercera tesis demostrada como verdadera y que sirve para reputar verdaderas a las primeras tesis y para rechazar a la segunda.

Con el argumento apagógico se sostiene que cierta interpretación de un texto normativo (*prima facie* posible) no puede hacerse porque conduciría a resultados absurdos, por imposibles o inaceptables. Es un argumento que se usa para rechazar una interpretación en detrimento de otras interpretaciones posibles, y que generalmente se reconstruye conforme a la lógica

del *modus tollens*. Los que usan el argumento apagógico deben demostrar dos cosas: que la interpretación que se rechaza conduce a un determinado resultado, y que ese resultado es absurdo, no deseable o inaceptable desde el ordenamiento jurídico.

Cuando se emplea el criterio de coherencia para determinar si existen consecuencias inaceptables en el razonamiento jurídico, se estima que son absurdas todas aquellas interpretaciones que pusieran en entredicho la coherencia interna del sistema jurídico, puesto que se parte de que el legislador es un ser racional que no se contradice, lo que lleva a admitir que el ordenamiento posee una lógica interna que la actividad interpretativa no puede destruir. Este principio entra en juego siempre que el juez rechaza como absurda una interpretación contraria a la interpretación de una regla constitucional, a la interpretación de otra norma jurídica positiva, a un principio del ordenamiento o a la jurisprudencia obligatoria.

Al usar el criterio de la eficacia se piensa que son absurdas todas aquellas interpretaciones que supongan privar de eficacia al texto a interpretar o a otro precepto del ordenamiento, puesto que se parte de que el legislador es un ser racional entre cuyos atributos esenciales estaría el de que "el legislador no hace nada inútil"; es decir, se cree que toda norma jurídica responde a un objetivo preciso, por lo que toda interpretación que haga ineficaz una disposición del ordenamiento o que frustre la finalidad perseguida por el legislador con una norma debe ser rechazada por absurda.

El argumento apagógico está relacionado con el criterio consecuencialista que expone en su obra Neil MacCormick, el que señala que las decisiones de las autoridades no solo deben tener sentido en relación con el sistema jurídico, sino con el mundo, lo que entraña que las autoridades y los jueces deben prever el alcance de las consecuencias jurídicas de su decisión. De esta suerte, debe seleccionarse siempre aquella norma o significado de la norma que haga eficaz la finalidad que la norma persigue y desecharse aquellos significados normativos que conduzcan a resultados absurdos.

No siempre es fácil emplear el argumento apagógico, pues una de las dificultades que entraña consiste en determinar el concepto de absurdidad que tienen los tribunales. El carácter absurdo de un argumento puede deberse a lo incoherente, a lo inefectivo, a lo sin sentido, a lo exagerado, a lo no verificable en la realidad, a lo infrecuente o a lo superfluo. Sin embargo, no siempre lo absurdo es algo evidente o compartible por todos. Muchas veces los jueces niegan como absurdas unas consecuencias que han sido así adjetivadas por una de las partes. En materia constitucional, el argumento apagógico puede tener considerable fuerza persuasiva cuando, ya sea basándose en el principio de coherencia o en el de eficacia, se refiere a los principios o a las normas constitucionales. El motivo es el poder argumentativo que en este momento tiene entre auditorio la invocación a la Constitución.

Un ejemplo del uso de esta argumentación es la siguiente: en México, todas las personas tienen derecho a ser oídas y vencidas en juicio antes de ser sancionadas —garantía de audiencia y derecho de defensa—. La tesis cuya falsedad se pretende afirmar señala que no se viola el derecho de defensa ni la garantía de audiencia si la persona, aunque no sea emplazada en primera

instancia, es oída en la apelación. Las consecuencias de esta segunda tesis son inaceptables, porque las normas obligan —arts. 14 y 16 de la Constitución— a que en todos los casos, antes de la imposición de una sanción a las personas, éstas sean oídas y vencidas en juicio. En conclusión de lo anterior, sí esto no fuera así, las personas podrían ser sancionadas en primera instancia sin ser oídas ni vencidas, pues en segunda instancia podrían ejercer su derecho de defensa.

Jaime Cárdenas Gracia

Argumento axiológico

Cuando usamos este argumento interpretamos las normas jurídicas en función de los valores que contienen o se persiguen con ellas. Se estima que el ordenamiento contiene y está orientado por valores, por lo que el método interpretativo nos dice que debemos adscribir los significados de la norma a través de sus valores o fines.

Una forma de argumento axiológico es el argumento teleológico, el que nos dice que una norma debe ser interpretada atendiendo a la finalidad de la norma. Esa finalidad puede haber sido determinada por la voluntad del legislador, por el fin de la misma norma, con independencia que éste sea voluntad del legislador, o porque la finalidad de la norma se identifica con la realidad social. Los argumentos teleológicos tienen orígenes antiguos en la obra de juristas como Hugo Grocio o Samuel Pufendorf, pero es con Rudolf von Ihering cuando se recuperan para la interpretación contemporánea del derecho.

El argumento teleológico consiste en averiguar el motivo práctico que dio vida a las instituciones jurídicas partiendo de la mentalidad del tiempo en que surgieron, para posteriormente aplicar ese fin a las necesidades de la época en donde las normas o instituciones han de ser aplicadas. Sobre esa finalidad, que conduce a la interpretación adecuada, existen, al menos, cuatro concepciones: 1) la que identifica el *telos* con el fin concreto del precepto; 2) la que asimila la finalidad con el fin general de la materia o institución regulada; 3) la que vincula el fin de la norma con el fin genérico del derecho; es decir, con la justicia, y 4) la que opina que los fines se pueden extraer de la propia sociedad en la que la norma se va a aplicar. A consecuencia de lo anterior, hay quien propone que la averiguación sobre la finalidad de la norma se obtenga de todos los factores y criterios de investigación exegética (literal, contextual e histórico), y que con fundamento en ellos se procure un resultado armónico que se compadezca, tanto de la realidad vigente como dialécticamente operante, con la finalidad perseguida con la norma, finalidad que ha de empatarse con la previsión del resultado que va a provocar la interpretación concreta.

Otra forma de interpretación axiológica es la interpretación conforme, pues se trata de ajustar los valores de las normas inferiores del ordenamiento a los valores superiores del ordenamiento. Así, pueden distinguirse dos tipos distintos de interpretación conforme. En primer lugar, se hace una interpretación conforme siempre que se adapta el significado de una disposición al significado de otra disposición de rango superior. Por ejemplo —el párrafo segundo del artículo primero de la Constitución alude a la interpretación conforme— si una disposición admite dos interpretaciones opuestas, debe pre-

ferirse la que sea conforme a la Constitución, y no la que resulte conforme a la ley o disposición secundaria. Son ejemplo de este tipo de interpretación conforme todas las sentencias interpretativas de los tribunales constitucionales, ya sean sentencias interpretativas estimatorias, en donde el tribunal evita declarar inconstitucional la disposición, y se limita a declarar inconstitucional una de sus posibles interpretaciones. También son ejemplo las sentencias interpretativas desestimatorias —el Tribunal evita declarar inconstitucional una disposición, pero la interpreta de forma que sea conforme a la Constitución—. La finalidad de esta especie de interpretación conforme es la de conservar la validez de las normas secundarias, pero interpretándolas de tal suerte que no se opongan a los valores de la Constitución.

Una especie distinta de interpretación conforme se realiza cuando una norma se adecua a un principio jurídico, que sin ser formalmente superior lo es materialmente, en cuanto protege un valor o un bien jurídico que se considera superior. Por ejemplo, la norma que regula el acceso a las candidaturas a cargos de elección popular podría interpretarse no solo por sus contenidos o literalidad, sino en el sentido de adaptarla a los principios democráticos —suponiendo que no están previstos en la Constitución y en los tratados— y, de esta suerte, determinar, aunque no lo diga la norma, que las candidaturas deben resultar de algún método democrático en donde las dirigencias de los partidos estén obligadas a consultar a la militancia de los mismos o a la sociedad para la definición de las candidaturas.

Las dos formas de interpretación conforme antes mencionadas tienen por propósito evitar las antinomias o conflictos normativos en el ordenamiento jurídico, porque se entiende que el ordenamiento todo está orientado por valores superiores fundamentales, como la libertad, la igualdad o la justicia. Su finalidad es salvaguardar el ordenamiento jurídico para impedir la existencia a su interior de normas contrarias o contradictorias mediante la armonización o manipulación interpretativa. Se busca por parte del juez la no descalificación del trabajo legislativo, porque se considera que el legislador tiene una legitimidad democrática directa que no tiene el juez. Además, se respeta al legislador porque se asume el dogma del legislador racional.

La interpretación conforme puede producir resultados restrictivos o extensivos. En el primer caso, a la norma en cuestión se le reduce su campo de aplicación, ya sea para salvaguardar un precepto constitucional o para proteger algún principio o valor jurídico. En el segundo caso, la interpretación conforme amplía el campo de aplicación de la norma en el supuesto de inconstitucionalidad por omisión, dando lugar a las llamadas sentencias o resoluciones aditivas, que generalmente se emplean por los tribunales constitucionales cuando se infringe el principio de igualdad, y precisamente para proteger ese valor fundamental del orden constitucional.

Jaime Cárdenas Gracia

Argumento comparativo

En el sistema jurídico mexicano se acude al argumento comparativo si el propio sistema jurídico lo establece. El argumento comparativo toma como re-

ferencia normas del derecho extranjero o de otro ordenamiento jurídico no nacional para resolver problemas jurídicos.

Se puede acudir a otros ordenamientos jurídicos mediante los procesos de recepción y reenvío. Bobbio comenta cómo el derecho mercantil —de los comerciantes— y el derecho de la navegación o marítimo tuvieron autonomía del derecho estatal durante el final de la Edad Media y el Renacimiento, y cómo esos ordenamientos parciales fueron posteriormente absorbidos mediante recepción por el derecho estatal. El reenvío se hace presente cuando un ordenamiento no se apropia del contenido de las normas de otro ordenamiento, como ocurre en la recepción, sino que se limita a reconocer su plena validez en su propio ámbito. A nivel federal en México y a partir de la reforma en materia indígena de 2001, el derecho mexicano reenvía en ciertas materias —algunas del art. 2 de la Constitución— a los sistemas jurídicos indígenas. La reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos —publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011— hace un reenvío constitucional en el párr. primero de la Constitución y en el art. 103, frac. I, de la carta magna a favor de los tratados en materia de derechos humanos ratificados por el Estado. La resolución dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente varios 912/2010 (caso Rosendo Radilla) reenvía obligatoriamente al ordenamiento jurídico nacional a las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los conflictos entre ordenamientos con validez espacial diferente comprenden: 1) los conflictos entre las diversas entidades de la Federación; 2) los conflictos de derecho internacional privado, y 3) conflictos surgidos al exterior de los ordenamientos (con ordenamientos de carácter paraestatal, infraestatal, antiestatal y colaterales del Estado).

Respecto al primer tipo de conflictos, los problemas que se presentan por leyes promulgadas en cada uno de los estados de la Federación son conocidos como conflictos interprovinciales, y se resuelven conforme a lo previsto en el art. 121 de la carta magna mexicana.

En los conflictos en materia de derecho internacional privado el art. 12 del Código Civil Federal establece que las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en la república, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquellos que se sometan a dichas leyes, salvo cuando éstas prevean la aplicación de un derecho extranjero y salvo, además, lo previsto en los tratados y convenciones de que México sea parte. Lo anterior significa, salvo las excepciones de la norma citada y las previstas en los arts. 13, 14 y 15 de ese Código, que nuestro derecho consagra un principio de territorialidad del ordenamiento mexicano.

El Código Civil Federal indica en sus arts. 13, 14 y 15 lo siguiente:

"Artículo 13. La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas: I. Las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas; II. El estado y la capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio; III. La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos

de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles, se regirán por el derecho del lugar de su ubicación aunque sus titulares sean extranjeros; IV. La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren. Sin embargo, podrán sujetarse a las formas prescritas en este Código cuando el acto haya de tener efectos en el Distrito Federal o en la República tratándose de materia federal; y V. Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos de que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho".

"Artículo 14. En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente: I. Se aplicaría como lo haría el juez extranjero correspondiente para lo cual el juez podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho; II. Se aplicará el derecho sustantivo extranjero, salvo cuando dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter excepcional, las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas o de un tercer Estado; III. No será impedimento para la aplicación del Derecho Extranjero, que el Derecho Mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos; IV. Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deberán resolverse necesariamente de acuerdo con el Derecho que regule esta última; y V. Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto. Lo dispuesto en el presente artículo se observará cuando resultare aplicable el Derecho de otra entidad de la Federación".

"Artículo 15. No se aplicará el Derecho extranjero: I. Cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del Derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión; y II. Cuando las disposiciones del Derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano".

Respecto a los conflictos surgidos al exterior de los ordenamientos (con ordenamientos de carácter paraestatal, infraestatal, antiestatal y colaterales del Estado) podemos mencionar lo siguientes: 1) con ordenamientos supraestatales, es decir, con el derecho internacional, en este caso las relaciones pueden implicar la superioridad del derecho internacional sobre el interno, la equivalencia jerárquica entre ambos, la superioridad del derecho interno, pero inmediatamente en el escalón inferior la preeminencia del derecho internacional sobre las leyes del Estado, y la similitud de jerarquías entre ley y derecho internacional; 2) con ordenamientos infraestatales, que son los ordenamientos sociales que el Estado absorbe, reconoce o limita como los sindicatos, los partidos, las asociaciones, etcétera; 3) los colaterales al Estado, como pueden ser los conflictos del Estado con el ordenamiento de la Iglesia católica, y 4) los

antiestatales, que son los conflictos con los ordenamientos de las asociaciones para delinquir o con las sectas secretas, etcétera.

En materia de lagunas, es posible acudir a otros ordenamientos cuando el sistema jurídico lo prevé. Con el criterio de heterointegración se buscan soluciones en otros sistemas jurídicos, tales como el derecho natural, el derecho romano, el derecho canónico o el derecho comparado, para mediante ellos completar las lagunas. También se considera como heterointegración acudir a otras fuentes dentro del sistema que son diferentes a la dominante. Así, si se fundamenta la decisión en fuentes como la costumbre, la equidad o la doctrina, algunos podrían estimar que se trata de heterointegración y no de autointegración. Con el criterio de autointegración se utilizan elementos internos del ordenamiento tales como los principios generales del derecho o el razonamiento analógico.

Jaime Cárdenas Gracia

Argumento de constancia terminológica

Parte del presupuesto de que el legislador emplea cada término al menos en la misma ley con el mismo significado, y si emplea otra expresión se refiere a concepto diverso.

Para Guastini, "el legislador emplea cada término o sintagma siempre con el mismo significado (al menos dentro de un mismo documento normativo), y, recíprocamente cuando el legislador emplea términos o sintagmas distintos, éstos no pueden tener un mismo significado (al menos no dentro del mismo documento normativo)" (Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho).*

Por su parte, Dehesa Dávila considera que "en este la atribución de significado a un determinado enunciado está en relación al título o rúbrica que encabeza el grupo de artículos en el que dicho enunciado normativo se ubica" (Dehesa Dávila, Gerardo, *Introducción a la retórica y la argumentación*). Se vincula con el argumento *sedes materiae*, así como con los argumentos sistemático y *a cohaerentia*.

Tarello. "existe en la ley una correspondencia rígida entre conceptos normativos y términos de los enunciados, de manera que en la atribución de significado, cuando es cierto o considerado como tal el significado del término *x* (por ejemplo, posesión, domicilio en un enunciado, ese significado se le atribuye a *x* en todos los enunciados en los que aparece".

Hallivis Pelayo considera que "este argumento consiste, entonces, en que se debe atribuir el mismo significado a términos iguales que se hayan utilizado en forma recurrente en algún sistema jurídico, de forma que se tome en cuenta, para un texto normativo, el significado que tiene en otras disposiciones" (Hallivis Pelayo, Manuel, *Teoría general de la interpretación*).

En la Constitución mexicana el párr. noveno del art. 16 expresa lo que significa delincuencia organizada: "por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia"; por lo

tanto, en todo enunciado en que aparezca el término "delincuencia organizada" ese es el significado que deberá tener, además, por la jerarquía de la carta magna en cualquier legislación secundaria que se derive de ella se entenderá el mismo significado.

Julio César Romero Ramos

Argumento de equidad

La palabra "equidad" proviene del latín *aequitas*, *aequitatis*; significa igualdad, imparcialidad, moderación, espíritu de justicia (Dehesa Dávila, Gerardo, *Etimología jurídica)*. Acervo axiológico al que recurre el juzgador en los casos específicos que el derecho positivo no tiene una solución clara.

Este argumento consiste en pedirle al juez que ajuste prudentemente la ley al caso concreto, de manera tal que emita su resolución atendiendo las circunstancias particulares del asunto. Por este argumento se pide interpretar la norma de manera humana, aunque sin apartarse de ella, y con ello acercarse más a la justicia (Platas Pacheco, María del Carmen, *Filosofía del derecho. Argumentación jurisdiccional)*.

Tarello expresa: "sirve para acreditar, entre las diversas interpretaciones posibles y culturalmente tolerables, aquella que choca menos contra las ideas, que el juez comparte con la sociedad, sobre el buen resultado de la aplicación del derecho en el caso concreto. El argumento equitativo sirve para evitar interpretaciones y aplicaciones sentidas como inicuas" (Tarello, Giovanni, *L'interpretazione della legge)*.

En México se emplea de manera constante en asuntos de derecho agrario, laboral, fiscal y familiar, en los cuales una de las partes tiene menores condiciones para ejercer su pretensión, y el juez, con su desempeño, sin apartarse de la norma, equilibra la situación.

Julio César Romero Ramos

Argumento de los principios generales del derecho

Alexy y Zagrebelsky distinguieron entre regla o norma y principio. Mediante el argumento principialista se justifica invocando a un principio integrante del derecho vigente, desde el que se infiere la exigibilidad de una conducta como la más adecuada.

Para Alexy, las normas son las reglas y los principios, éstos son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diversos grados en función de las probabilidades de hecho y de derecho; en tanto que las reglas se deben cumplir plenamente. En el evento de colisión de principios para determinar cuál aplicar para un caso específico se emplea la ponderación, en tanto que las reglas se aplican por subsunción.

En el *Derecho dúctil*, Zagrebelsky señala que las reglas y los principios son los elementos del derecho; éstos son normas constitucionales sobre justicia y derechos y aquéllas son normas legisladas.

La interpretación principialista se sustenta en la idea de que los principios inspiran la interpretación de las normas que no son principios, modifican la interpretación gramatical y contribuyen para evitar antinomias (Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional).*

Cabe mencionar que se debe distinguir entre los principios generales del derecho que se han incorporado a los textos constitucionales y los principios generales del derecho propiamente.

Éstos, para Platas Pacheco, utilizados como argumento, le proporcionan consistencia a la tesis que se defiende, sirven de refuerzo o soporte; pero advierte que a pesar de ser constantes las referencias a ellos en los ordenamientos legales y en la doctrina no se ha definido cuántos y cuáles son (Platas Pacheco, María del Carmen, *Filosofía del derecho. Argumentación jurisdiccional).*

Expresa que no son producto de la deducción de las normas particulares en enunciados de mayor amplitud, son fruto de la tradición jurídica, y que son dinámicos y se nutren de la práctica social cotidiana

De igual forma, Esquiaga Ganuzas señala que paradójicamente, aunque los principios generales del derecho son invocados por todos los operadores jurídicos, no se ha definido qué son, cuáles son y cuál es su relación con las normas jurídicas.

Distingue este autor además los principios generales del derecho y los principios constitucionales, señalando que si los principios generales del derecho son incorporados al texto constitucional, es decir, "constitucionalizados", ganan en posición jerárquica y efectividad; por otra parte, si hay contradicción entre ambos, los generales se ven afectados por la capacidad derogatoria de la Constitución, y dejan de formar parte del ordenamiento; pero si los principios generales del derecho y los principios constitucionales se refieren a cosas diferentes, los primeros mantendrían la autoridad que les confiere el ordenamiento constitucional correspondiente (Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *Largumentación en la justicia constitucional española).*

Son una fuente del derecho especial, y es reconocida de manera expresa por la legislación de algunos de los sistemas jurídicos de la familia del derecho neorrománico. En México, el párr. cuarto del art. 14 de la CPEUM establece "En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de esta se fundará en los principios generales del derecho".

De igual manera, en la República mexicana el Código Civil Federal establece en el "art. 19. Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho".

Asimismo, en la Ley de Amparo, art. "2o. El juicio de amparo se tramitará en vía directa o indirecta. Se substanciará y resolverá de acuerdo con las formas y procedimientos que establece esta ley.

A falta de disposición expresa se aplicará en forma supletoria el Código Federal de Procedimientos Civiles y, en su defecto, los principios generales del derecho".

Las reformas realizadas en Europa, conocidas como movimiento codificador, cuyo producto inicial fue el *Code civil des français* (1804) obligaron a contar con fuentes del derecho de origen no legislativa. Los códigos o leyes características de este movimiento se distinguen por la abstracción y generalidad de las normas y por su ideal de completitud.

Para lograr lo anterior, el sistema debe establecer los medios para permitirle al juez buscar una norma no legislada, que sea congruente con los fundamentos del derecho positivo y hacer factible el principio de completitud.

Se les denomina principios generales del derecho y principios del derecho natural; la primera, con un enfoque positivista, y la segunda, iusnaturalista (Rojas Amandi, Víctor Manuel, *Argumentación jurídica).*

Wróblewski enumera tres tipos principales de principios regla en el derecho.

a. Principios positivos del derecho: que serían las normas explícitamente promulgadas.

b. Principios implícitos del derecho: que serían las premisas o consecuencias de normas.

c. Principios extrasistemáticos del derecho: principios externos al sistema jurídico, que provienen del derecho comparado o de reglas sociales aceptadas por la práctica judicial.

Cuando se invocan, se pueden aludir a cualquiera de estos tres con la finalidad integradora o interpretativa.

Los principios generales del derecho se expresan generalmente en latín. Enseguida se expresan algunos de los más conocidos:

Lex posterior derogat legi priori.

Lex specialis derogat legi generali.

Res judicata pro veritate habitar (la cosa juzgada debe ser reconocida como verdadera).

De minis non curat praetor (el pretor no se ocupa de las cosas de mínima importancia).

Ne ultra petita (la condena no puede sobrepasar la demanda).

Et audiatur altera pars (hay que oír a la parte contraria).

Nemo plus iuris transferre potest Quam ipse haberet (nadie puede transferir más derechos de los que tiene).

Casum sentit dominus (el propietario soporta el daño resultante del azar).

Quisquis praesumitur bonus (se presume que todos son inocentes).

Venire contra factum proprium (no se puede atacar lo que resulta del propio hecho).

Onus probandi incumbi actori (la carga de la prueba incumbe al actor).

Casus fortuitus a mora excusat (el caso fortuito excusa la mora).

Res transit cu monere suo (la cosa se transmite con sus cargas).

Mort Omnia solvi (la muerte extingue todas las obligaciones personalísimas).

Probatio vincent praesumtionem (la prueba vence la presunción).

Argumento interpretativo

Platón concibió a la interpretación a partir de distinguir entre los objetos que no suscitan problema para la inteligencia y aquellos que, en cambio, representaban un problema, ya que afectan el sentido con impresiones opuestas entre sí. Pero será Aristóteles quien establezca el concepto más próximo al moderno, al indicar que la lengua es intérprete de los pensamientos, debido a que los expresa externamente; entonces, la interpretación puede ser conceptualizada como la labor del intelecto dirigida a eliminar las contradicciones que se presentan en un objeto o idea.

Además, en la interpretación el intérprete tiene un papel preponderante, pues es quien aclara, quien explica, quien hace accesible lo que no se entiende; en suma, pone en conocimiento de los demás (generalmente en lenguaje común) el significado que se atribuye a ciertos objetos, ideas o acontecimientos. Así, interpretar permite dar significado, mediante un lenguaje significativo, a ciertas ideas, objetos, signos, fórmulas o acontecimientos; de ahí que interpretar consista en un acto de significación; es decir, un acto por el cual se asigna un significado específico a ciertos hechos, signos o palabras —expresado siempre en un lenguaje—; siendo común considerar que interpretar consiste en establecer o declarar el significado de un texto.

Por lo tanto, en términos generales se puede concebir al argumento interprétativo como el enunciado por medio del cual se presenta y justifica una interpretación escogida por el intérprete. No obstante, en un contexto procesal —y siguiendo a Franco Modugno— podría definirse al argumento interpretativo como un esquema discursivo, utilizado, primero que nada, por los intérpretes dotados de autoridad (en la interpretación oficial y en la judicial) para motivar sus decisiones y explícitamente las atribuciones de significado a los documentos normativos.

En consecuencia, en un contexto jurídico-procesal un argumento interpretativo nos permitiría: i) asignar un significado jurídico a ciertos hechos (por ejemplo, comportamientos humanos), los cuales se constituyen en "hechos jurídicos", en la medida en que son jurídicamente interpretados, o ii) dar un significado jurídico (técnico) a objetos determinados ya como jurídicos. Y esto es posible debido a que —como advierte José Ramón Capella— todo derecho tiene como condición de existencia la de ser formulable en un lenguaje.

Pero, al ser el argumento interpretativo parte de un proceso de interpretación, y ante la posibilidad de multiplicidad de interpretaciones, su finalidad consiste en establecer la interpretación correcta. Esta idea de que pueda existir una interpretación correcta se funda en considerar que la interpretación correcta es la interpretación racional. Así, para establecer —señala Rolando Tamayo y Salmorán— cuándo una interpretación es racional y, por ende, correcta, ésta debe tener como base un argumento interpretativo que supere el *test* de racionalidad (algo así como la falsabilidad en Karl Popper).

Así pues, siguiendo el paradigma racional, un argumento interpretativo puede ser considerado como correcto siempre y cuando sea verificable y susceptible de ser calificado como verdadero; teniendo presente que la "verdad" es residual, pues algo es verdadero porque no puede ser vencido. En el teore-

ma "la suma de los ángulos interiores de un triángulo es igual a 180 grados" encontramos que analíticamente es verdadero, ya que mientras no se demuestre que la suma de dichos ángulos da como resultado un número diverso a los 180 grados, deberá tenerse como verdadero.

Ahora bien, en el ámbito jurídico-procesal el argumento interpretativo puede ubicarse en alguna de las tres concepciones básicas de la interpretación —descritas por Juan Antonio García Amado—: a) *lingüística*, en la cual los enunciados legales poseen una dimensión sintáctica, semántica y pragmática, del mismo modo que cualquier otro enunciado del lenguaje que a diario utilizamos; por tanto, la actividad interpretativa es establecimiento de su significado; b) *intencionalista*, donde los enunciados legales son considerados expresión de voluntad o intenciones, e interpretar implica averiguar y resaltar el contenido de tal intención (de la persona o personas que emitieron la norma), y c) *axiológica o material*; en esta concepción los enunciados legales se interpretan con la pretensión de explicitar y concretar los contenidos valorativos objetivos que poseen los enunciados.

Finalmente, Francisco Javier Ezquiaga enlista una serie de argumentos que califica como interpretativos; de igual forma, Riccardo Guastini coincide en la mayoría de esos argumentos sin calificarlos como interpretativos, aunque los incluye como parte de las técnicas de interpretación —en ambos casos en el contexto de la resolución judicial—; entre dichos argumentos podemos señalar a los siguientes: analógico o *a simili*, *a fortiori*, *a contrario*, a partir de los principios, *a coherentia*, de la no redundancia, teleológico, por el absurdo, *a rúbrica*.

Julio César Vázquez-Mellado García

Argumento lingüístico

La lengua tiene como característica esencial a la abstracción —razón por la cual se realiza la conceptualización y definición de los fundamentos lingüísticos—, aunque su función primordial es la comunicación, por lo que el lenguaje (objeto de la lingüística) solo existe bajo la forma de lenguas diversas. Además, Ferdinand de Saussure ha diferenciado entre lengua y habla; la primera es el objeto de la lingüística (sector o aspecto de los fenómenos del lenguaje en que debe interesarse el lingüista), y el segundo, su materia (el campo de investigación del lingüista, que comprende el conjunto de los fenómenos relacionados, de cerca o de lejos, con la utilización del lenguaje).

Por otro lado, para Manuel Atienza, una de las diversas concepciones que existen acerca de la argumentación es la pragmática o dialéctica, la cual considera a la argumentación como interacción lingüística. Entonces, bajo esa concepción, la argumentación es un proceso dialógico, cuyo desarrollo está regido por reglas de comportamiento lingüístico, y la lengua tiene un lugar destacado; en tal virtud, resulta inconcebible hacer abstracción de los sujetos que argumentan.

En ese contexto, podemos considerar al argumento lingüístico como un acto de habla que asume la forma de enunciado (signo lingüístico), el cual podría describirse —en términos de Eduardo de Bustos— de la siguiente ma-

nera: 1. los enunciados son entidades abstractas o teóricas, de las cuales se pueden hacer usos concretos, mediante preferencias o emisiones lingüísticas; 2. un enunciado puede ser empleado para realizar una aserción, cuyo contenido o significado es una proposición; 3. un enunciado puede ser utilizado para hacer una aserción verdadera en una ocasión y falsa en otra.

Ahora bien, el argumento lingüístico puede ser analizado —aplicando las fases en que se estudia una lengua— a la luz de los siguientes ámbitos: a) el nivel sintáctico, en el cual la base es la gramática, pues se establecen las reglas en virtud de las cuales ciertas combinaciones se símbolos constituyen, o no, secuencias bien formadas, frases de la lengua (enunciados); b) el nivel semántico, en el que se establecen los medios para determinar, en cada frase de la lengua, qué condiciones deben cumplirse para que se la pueda considerar verdadera (las nociones en este nivel son las de verdadero o falso); c) el nivel pragmático, en este caso se tiene en cuenta el hecho, que el empleo de un enunciado es un fenómeno interindividual, el locutor lo emplea porque intenta producir un efecto en aquellos a los que o para quienes habla.

Así, a la luz de esos tres niveles podemos determinar si un argumento lingüístico cumple con las reglas gramaticales de la lengua; si puede ser considerado falso o verdadero tomando en consideración las pautas semánticas y saber la finalidad de comprensión y asentimiento que busca en el interlocutor, para lo cual —el locutor— podría cuestionarse lo siguiente: ¿el argumento es apropiado para esta situación?, o por el contrario, ¿estará fuera de lugar?, ¿qué reacción se espera del destinatario?: una respuesta, una acción, etcétera.

El argumento lingüístico posee el mismo carácter esencial de la lengua: la abstracción; debido a ello, las expresiones que los integran no pueden limitarse a una única clase. En consecuencia —y siguiendo a Riccardo Guastini—, se pueden señalar los siguientes tipos: a) expresiones pertenecientes al lenguaje ordinario; b) expresiones del lenguaje ordinario que, sin embargo, se han tecnificado en el discurso jurídico y han adquirido un significado distinto del ordinario; c) expresiones pertenecientes a un lenguaje técnico.

En cuanto a la importancia y eficacia del argumento lingüístico, se puede señalar —retomando el fundamento normativo de la comunicación lingüística de Jürgen Habermas—que el receptor del argumento debe dar por sentados, al menos implícitamente, determinados presupuestos, que son los únicos que permiten el acuerdo: de que las proposiciones verdaderas son preferibles a las falsas, y que las normas justas (esto es, susceptibles de justificación) son preferibles a las injustas.

Julio César Vázquez-Mellado García

Argumento lógico

La argumentación jurídica tiene su primera etapa a partir de los años cincuenta, especialmente con las obras de Ulrich Klug (*Lógica jurídica*), Theodor Viehweg (*Tópica* y *jurisprudencia*), Chaïm Perelman (*Tratado de la argumentación. La nueva retórica*) y Stephen Toulmin (*The uses of argument*), quienes se caracterizaron por aplicar la lógica al derecho. Por ello, en la teoría de la argumentación encontramos al argumento lógico como el argumento por excelencia.

Además, Manuel Atienza concibe a la argumentación lógica formal como aquella en la cual se define al argumento —así como a la propia argumentación— como una inferencia, un encadenamiento de proposiciones; caracterizado porque la corrección de las conclusiones no dependen del contenido de verdad de las premisas, sino del cumplimiento de ciertas reglas formales, como en el silogismo tradicional, aunque no exclusivamente.

Así, el argumento lógico es resultado de un silogismo; es decir, es un enunciado construido a partir de una serie de proposiciones, en donde las dos primeras son denominadas premisas, mientras que la tercera —que se obtiene o desprende de las premisas— recibe el nombre de conclusión. En tanto que en el ámbito jurídico-procesal el argumento lógico se construye, de igual forma, a partir de dos premisas: una normativa y otra fáctica, a través de las cuales se llega a una conclusión, denominándose a este proceso como silogismo subsuntivo o silogismo judicial.

En consecuencia, a través del argumento lógico se establece la relación entre un hecho y la norma jurídica que pueda aplicarse a ese hecho, con lo cual el operador jurídico lleva a cabo la operación de subsunción, verificando que el hecho señalado esté comprendido dentro de la norma aplicada, dando como resultado una conclusión lógica; esto es, apoyada en las premisas, tanto fáctica como normativa. Entonces, el silogismo subsuntivo o silogismo judicial permite justificar una decisión a través de un proceso lógico; siendo considerado este tipo de silogismo la forma básica de razonamiento jurídico.

Pero la justificación, resultado de un proceso argumentativo lógico, tiene —siguiendo a Manuel Atienza— dos niveles: interna y externa, según se trate de justificar la decisión en casos fáciles o casos difíciles. Así, en el primer caso, cuando en el argumento lógico no existe problema con ninguna de las premisas (normativa y fáctica), la justificación (interna) se da a partir de llevar a cabo un razonamiento deductivo (silogismo subsuntivo o judicial); esta clase de justificación siempre es necesaria.

Mientras que cuando existe problema con alguna de las premisas, ya sea porque existe duda acerca de la norma aplicable al caso o cómo ha de interpretarse la misma (normativa), o bien cuando la duda es relativa a si determinado hecho ha tenido vigencia o cómo calificarlo (fáctica), se debe realizar una justificación externa, pues el razonamiento de tipo lógico (argumentación lógica formal) ya no es suficiente. En consecuencia, será necesario acudir a otros criterios para llevar a cabo la justificación, sobre todo apoyarse en lo que ha dado por llamarse —en la teoría de la argumentación— "razón práctica"; en el entendido de que la justificación de las decisiones implica no solamente el uso de normas y procesos lógicos, sino también de principios morales.

Por otro lado, para estudiar las formas posibles en que las premisas se relacionan para apoyar a la conclusión en un argumento lógico existen diversas estructuras —que forman parte de la llamada diagramación de argumentos—, que permiten analizar los textos argumentativos, aunque también pueden apoyar la creación u organización de los propios argumentos; estas son: a) *estructura convergente*, indica que dos o más premisas apoyan la conclusión de manera independiente; es decir, indica que la conclusión se sigue tanto de cualquiera de las premisas como de todas ellas; b) *estructura dependiente*, señala

que las premisas están unidas para apoyar a la conclusión; esto es, ambas premisas (o todas ellas) se necesitan mutuamente para que pueda inferirse la conclusión; c) *estructura divergente*, muestra que una misma premisa está apoyando a más de una conclusión, por lo que se puede decir que hay dos argumentos unitarios; d) *estructura encadenada*, es aquella donde una de las proposiciones está como conclusión de una premisa, y a su vez está como premisa de otra conclusión, de tal forma que siempre hay al menos una subconclusión.

Julio César Vázquez-Mellado García

Argumento pragmático

"Pragmático" viene del griego *pragma atos*, y significa acción, cosa útil (*Diccionario Griego-Español,* Ramón Sopena). (*Pragmátikos*, griego), Polibio señalaba que era su forma de escribir la historia para diferenciarla de la mitológica o legendaria.

El término griego *prágmata* trata de las cosas realizadas por los hombres, a los asuntos humanos; de igual manera, se refiere a la práctica a las cosas útiles.

En latín, *pragmaticus* se empleaba para referirse a los asuntos humanos, particularmente a los políticos; a hechos objetivos, en contraposición a leyendas o sueños. El pragmático es el que visualiza adecuadamente los problemas y su solución.

Actualmente se entiende pragmático como un "modo de pensar en el cual se emplea un modo apto para entender la realidad".

Según Mendonca, es el que "dada una formulación normativa a la que quepa atribuir varios significados, ella debe ser interpretada optando por aquel significado que lo haga más eficaz para lograr su finalidad, prescindiendo de los significados que lo conviertan en ineficaz a ese respecto" (Mendonca, Daniel, *Las claves del derecho*).

Platas Pacheco señala que "este argumento se formula con la intención de hacer pertinente los medios empleados con el fin que se pretende alcanzar, es decir, se construye desde una perspectiva de proporcionalidad con el propósito de valorar la estrategia procesal que en cada caso conviene" (Platas Pacheco, María del Carmen, *Filosofía del derecho).*

Es decir, este argumento se evalúa analizando la proporción existente entre los medios y los fines que se sincronizan en la tesis que se defiende y buscan comprobar la racionalidad de ésta.

Manuel Calvo García en su libro lo concibe en el ámbito del derecho como un argumento sustentado en las consecuencias es decir consecuencialista (Calvo García, Manuel, *Interpretación y argumentación jurídica).*

Perelman señala que "llamamos argumento pragmático aquel que permite apreciar un acto o un acontecimiento con arreglo a sus consecuencias favorables o desfavorables. Este argumento desempeña un papel esencial, hasta tal punto de que algunos han querido ver en ello el esquema único que posee la lógica de los juicios de valor; para apreciar un acontecimiento es preciso remitirse a los efectos".

Ezquiaga Ganuzas considera que "El argumento pragmático justifica que cuando hay dos (o más) significados posibles de un mismo enunciado, de los

cuales uno le da alguna efectividad mientras que el otro (o los demás) lo convierten en inútil, optar por el primero" (Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La motivación de las decisiones interpretativas electorales).*

El argumento pragmático que permite apreciar algo con arreglo a sus consecuencias presentes o futuras tiene una importancia directa para la acción. No requiere, para que lo admita el sentido común, justificación alguna. El punto de vista opuesto, cada vez que se defiende, necesita, por el contrario, una argumentación, como la afirmación de que debe preconizarse la verdad, cualesquiera que sean las consecuencias, porque es un valor absoluto, independiente de éstas.

Las consecuencias, fuente del valor del acontecimiento que las ocasiona, pueden observarse o simplemente preverse, pueden estar aseguradas o ser puramente hipotéticas; su influencia se manifestará en la conducta, o solo en el juicio. "El enlace entre una causa y sus consecuencias puede percibirse con tanta acuidad que una transferencia emotiva inmediata no explícita, se opera de éstas a aquéllas, de tal modo que se crea que se aprecia algo por su valor propio, mientras que son las consecuencias las que, en realidad, importan" (Perelman, Chaim y L. Olbrechts-Tyteca, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*).

Ezquiaga Ganuzas expresa que "ha sido objeto de pocos estudios teóricos. Sin embargo se ha coincidido en señalar que es un argumento consecuencialista, es decir, un argumento que consiste en establecer la verdad o el valor de la tesis que se defiende (en nuestro caso de la interpretación o el significado que se propone) a partir de las consecuencias favorables que de ella se derivan, o la falsedad de la tesis defendida por el adversario, (o la inconveniencia de otra interpretación o significado posible) por las consecuencias desfavorables que de ella se derivan" (Esquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional española).*

Gerardo Dehesa Dávila (*Introducción a la retórica y la argumentación)* concluye estableciendo que el argumento pragmático tiene las siguientes características:

a. Es un argumento consecuencialista, busca la causa a partir de los efectos.

b. Tiene un carácter eminentemente práctico, busca reflejar una clara utilidad para el correcto desempeño del sistema jurídico, de ahí su empleo frecuente en el ámbito jurisdiccional.

El argumento pragmático tiene afinidad con los argumentos de la no redundancia y apagógico o reducción al absurdo, ya que en éstos la consecuencia impide el correcto funcionamiento del ordenamiento jurídico, ya sea por la redundancia o por la consecuencia absurda

El juez puede considerar consecuencias favorables o desfavorables de cualquier tipo: económicas, sociales, políticas, morales, etcétera, aunque generalmente van asociados a principios o ideales que se consideran implícitos en el mandato del constituyente, como los siguientes:

Principio *pro actione.* Se trata de una postura antiformalista para interpretar los requisitos procesales con objeto de que los tribunales puedan en todo caso emitir una resolución sobre el fondo de la cuestión planteada. Pero no es absoluto este antiformalismo, ya que su aplicación se limita a la interpretación más favorable para hacer más eficaz el ordenamiento.

Principio de seguridad jurídica. Concebido como una directriz y no como absoluto.

Principio de *favor libertatis* entendido como principio general de la eficacia del precepto a interpretar.

Principio *in dubio pro reo,* vinculado al principio de presunción de inocencia, y que establece que ante una duda razonable respecto a los hechos objeto de la acusación, el juzgador debe inclinarse a favor del inculpado.

Julio César Romero Ramos

Argumento retórico

La retórica fue considerada en el diálogo platónico *Gorgias*, como el poder para persuadir con discursos a los jueces en los tribunales, a los consejeros en el consejo, a los miembros de la asamblea en la asamblea y en toda otra reunión pública (452 e); pero a esta noción de carácter sofista, Platón opuso otra con tintes educativos, considerándola como el arte de guiar el alma por el camino de los razonamientos, no solo en los tribunales y en las asambleas populares, sino también en las conversaciones privadas (*Fedro* 261 a).

Para Aristóteles, por otra parte, la retórica es la facultad de considerar en cada caso los medios disponibles de persuasión (*Retorica* I, 2, 1355b 26), siendo tres los géneros de los discursos retóricos: deliberativo, forense o judicial y epidíctico. Aristóteles señala que en cada una de estas especies de retórica la finalidad es diferente: para el que delibera aconsejar lo conveniente o útil, para los que entablan un juicio, seguir lo justo; y para los que elogian y censuran, ocuparse de lo hermoso y lo vergonzoso.

Además, Aristóteles diferencia entre silogismo retórico e inducción retórica, denominando al primero "entimema", y a la segunda, "ejemplo". Así, la diferencia radica —de acuerdo con los *Tópicos*— en que demostrar a base de muchos casos semejantes es, allí, una inducción y, aquí —*retórica*—, un ejemplo; mientras que obtener, dadas ciertas premisas, algo diferente de ellas, por ser (tales premisas), universalmente o la mayor parte de las veces, tal como son, eso se llama, allí "silogismo"; aquí, "entimema" (silogismo abrevado en el que se omite una de las premisas, por ser evidente o darse por sobreentendida).

Por otro lado, Cicerón llama a la retórica la elocuencia artificiosa (*De la invención retórica* I, 6), y la concibe como parte de cierta ciencia civil, que consiste en decir adecuadamente para persuadir, y cuya finalidad radica en persuadir mediante la dicción; siendo las partes del arte retórico: invención, disposición, elocución, memoria y pronunciación. Aunado a ello, consideró que podrían presentarse tres tipos de discursos: deliberativo, demostrativo y judicial; así, considera —en términos semejantes a lo señalado por Aristóteles— que en los juicios se busca qué es justo; en las demostraciones, qué es honroso, y en las deliberaciones, qué es honroso y qué útil.

Con la *Nueva retórica*, Chaïm Perelman centra su estudio en las estructuras argumentativas, analizando los métodos empleados por las ciencias humanas para probar sus tesis; a través de su trabajo busca demostrar que la retórica —al igual que la dialéctica y la filosofía— se funda en la razón práctica, por medio de su método argumentativo-justificativo; y como ejemplo de razo-

namiento práctico Perelman señala el de la motivación de las sentencias por parte de un juez.

Perelman señala que existe distinción entre persuadir y convencer, por lo que una argumentación persuasiva es aquella que solo vale para un auditorio particular, mientras que una argumentación convincente es la que se pretende válida para todo ser de razón (auditorio universal). También distingue entre una retórica general y una retórica aplicada a campos específicos como el caso del derecho; sin embargo, la lógica jurídica no es una lógica formal, porque los razonamientos jurídicos no pueden reducirse en absoluto a razonamientos lógico-formales.

Finalmente, establece la especificidad del razonamiento jurídico al indicar que: a) resulta difícil lograr un acuerdo entre las partes; es decir, la argumentación tiene el carácter de controversia, y b) la autoridad judicial juega un papel central, por lo que considera que en el procedimiento judicial es donde el razonamiento jurídico se manifiesta por antonomasia.

En suma, la retórica ha sido concebida como el arte de persuadir; en consecuencia, podemos señalar —tomando palabras de Santo Tomás de Aquino— que el argumento retórico es lo que arguye la mente para convencer de determinado planteamiento a través de la persuasión; así, pese a que el argumento retórico no puede demostrarse por medios probatorios, esa cuestión no le resta verdad y validez, ya que no se trata de establecer verdades evidentes, sino mostrar el carácter razonable —plausible— de determinada tesis o decisión.

Aunado a ello, y siguiendo a Aristóteles, se puede afirmar que el argumento retórico se construye a partir de dos elementos: el entimema (deducción) y el ejemplo (inducción); entonces, a través de un silogismo logramos arribar a una deducción; mientras que, por medio de ejemplos, a una inducción silogística (generalización), en ambos casos, con la finalidad de lograr la adhesión del destinatario del discurso, con el apoyo de las técnicas y medios propios del debate y la persuasión.

En virtud de que el argumento retórico no es demostrable por medio de pruebas, permite presentar diversas opciones con relación a la cuestión en disputa, siendo necesario el consenso para logar la aceptación del planteamiento presentado. No obstante, lo anterior no le quita certeza a la afirmación establecida en el argumento, en virtud de que el argumento retórico busca persuadir a la mayoría, o bien a todos los interlocutores, de que ciertas afirmaciones o decisiones son mejores que otras; evaluando la eficacia del mismo, a partir de su capacidad para persuadir.

Sin duda, el argumento retórico incide directamente en el ánimo y voluntad del auditorio, fundando o refutando la veracidad o falsedad de la tesis presentada, tratando de encontrar en cada caso aquello que es apto para persuadir. Pero, sobre todo, en el ámbito forense o judicial, el argumento retórico debe convencer al interlocutor —persuadiéndolo— de que una causa es justa y verdadera, pues —utilizando palabras de Aristóteles— naturalmente lo verdadero y lo justo son mejores que sus contrarios.

Julio César Vázquez-Mellado García

Auto de suspensión

Los procesos constitucionales como el amparo (*i. e.* juicio de amparo, recurso de protección o acción de amparo o tutela) y las controversias constitucionales tienen por finalidad resolver, en el primer caso, las controversias que se susciten respecto de actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos y sus garantías, consagrados en las normas fundamentales y en los tratados internacionales que el Estado haya suscrito y ratificado, o —como ocurre en México con la controversia constitucional o en Costa Rica con los conflictos constitucionales— que se trate de actos que restrinjan o vulneren la esfera competencial de los órganos o poderes del Estado. Dada la naturaleza de estos actos (algunos de ellos de extrema gravedad y de atención urgente, o de imposible reparación; *v. gr.* los que impliquen riesgo de perder la vida o ataques a la libertad personal) y el amplio lapso de tiempo que puede transcurrir hasta la solución definitiva del asunto ("peligro en la demora"), se hace indispensable contar con la posibilidad de suspender esos actos lesivos de la autoridad, que es precisamente el papel que está llamado a desempeñar el auto de suspensión.

Así, el *auto de suspensión* o *suspensional* es una resolución jurisdiccional en la que el juez o tribunal se pronuncia sobre el otorgamiento de la medida cautelar, consistente en la suspensión del acto reclamado o impugnado sobre el que versa el juicio constitucional, con la finalidad de conservar o asegurar la materia del proceso; restituir a una persona en el goce de sus derechos fundamentales, o bien evitar que con la consumación o ejecución del acto de autoridad que se combate y respecto al cual versa la suspensión se causen daños irreparables o de difícil reparación al actor o quejoso (o incluso a la sociedad) en tanto se resuelve el juicio principal; esto es, hasta el pronunciamiento de sentencia ejecutoria sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto que se reclama.

De lo anterior pueden extraerse las siguientes consideraciones particulares:

a) La suspensión es una *medida cautelar*, lo que implica que: *i)* es *instrumental*, puesto que la finalidad de la suspensión (evitar los efectos irreparables que pueda provocar la consumación del acto de autoridad, cuyos alcances pueden ser extintivos de la materia del litigio) es diversa y tiende a preservar o conservar la del proceso constitucional (declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto que se reclama); *ii)* es *provisional* hasta en tanto se resuelve el juicio en lo principal, ya que al pronunciarse sentencia ejecutoria fenecen la suspensión y todos sus efectos; o bien en los casos de terminación anormal del proceso, puesto que las suspensión sigue la suerte del proceso constitucional; *iii)* el auto suspensional no causa estado, por no tratarse, precisamente, de un pronunciamiento definitivo; *iv)* es *modificable* (o *mutable*), ya sea por el juez o tribunal que lo emitió o por quien conozca de su impugnación, y *v)* por su propia naturaleza de medida cautelar puede o no aparecer en el trámite del proceso constitucional, en atención al tipo de acto u omisión de que se trate; así, por ejemplo, cuando con la suspensión se puedan causar perjuicios al interés social o se contravengan disposiciones de orden público.

b) Con la suspensión se busca conservar la materia u objeto del proceso; restituir a una persona en el goce de sus derechos constitucionales, así como evitar perjuicios al quejoso, que pudieran provenir de la ejecución del acto impugnado, de su continuación en caso de estar en ejecución, o bien de sus efectos o consecuencias. De ello se colige que la suspensión tendrá como efectos: impedir, paralizar o detener la ejecución del acto de autoridad sobre el que versa la controversia.

c) *La suspensión puede dictarse de oficio o a petición de parte*. En el primer caso se trata de una resolución emitida por el órgano jurisdiccional sin que medie petición del quejoso, y solo opera en los casos en los que la ley expresamente así lo dispone. En el segundo, se requiere solicitud expresa para que el juez se pronuncie al respecto.

d) *Puede ser tramitada de plano o por vía incidental*. En la primera hipótesis se concederá la suspensión sin que se lleve a cabo algún tipo de sustanciación y sin que medie audiencia con presencia de las partes. La suspensión de oficio y de plano se resolverá en el mismo auto que admita la demanda en el proceso constitucional cuando se trate de actos, por ejemplo, que atenten contra la vida o la libertad, que impliquen destierro, deportación e incluso extradición. Por el contrario, la tramitación incidental entraña la apertura de un cuaderno separado del principal, en el que se llevará a cabo la sustanciación del incidente de suspensión. Ello implica la celebración de una audiencia con la asistencia de las partes (autoridad responsable, *i. e.* emisora del acto impugnado, quejoso y, en su caso, tercero interesado), en la que éstas podrán aportar pruebas y formular alegatos en la búsqueda de una resolución que favorezca sus intereses.

e) En algunos países, como Costa Rica y Colombia, el término "suspensión" se emplea de forma unívoca, en tanto que en otros (Guatemala, Ecuador y México entre ellos) se contemplan la suspensión provisional y la definitiva. Un elemento diferenciador es que esta última, a decir de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, convalida la suspensión provisional, previa sustanciación del incidente respectivo.

Cabe señalar que la suspensión puede solicitarse en cualquier tiempo hasta antes de emitirse la sentencia definitiva.

En fin, las medidas cautelares, incluyendo la contenida en el auto de suspensión, constituyen un elemento imprescindible del derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva, puesto que sin ellas la intervención del Estado en la protección de los derechos constitucionales podría tornarse ineficaz.

Wendy Vanesa Rocha Cacho

Auto de vinculación a proceso

El auto de vinculación a proceso o auto de procesamiento puede definirse como la resolución jurisdiccional con la que se da inicio al proceso penal y que implica la sujeción o sometimiento del inculpado (procesado, vinculado, imputado) a la autoridad jurisdiccional ante la que se sustanciará el procedimiento.

De lo anterior se colige que hasta antes de que se dicte el auto de procesamiento solo puede hablarse de "indagado" o "investigado", puesto que los términos "inculpado", "procesado" o "vinculado" solo sobrevienen hasta que el auto en comento ha sido emitido.

En el derecho mexicano, el auto de vinculación a proceso vino a sustituir a los autos de "formal prisión" y de "sujeción a proceso", los cuales, como aquél, implicaban el inicio de la relación procesal (Estado-imputado), pero que se diferenciaban entre sí en virtud de que el primero recaía cuando el delito sobre el que se iniciaba la causa contemplaba como punibilidad una pena privativa de la libertad —llamado "de formal prisión" porque implicaba (en todos los casos) la prisión preventiva del procesado—, en tanto que se dictaba el segundo cuando el delito merecía pena alternativa o no restrictiva de la libertad —que podía conllevar también (aunque no en todos los casos) la aplicación de medidas cautelares, excepción hecha, como se ha dicho, de la prisión preventiva—.

Ahora, es tema pacífico en la doctrina latinoamericana que la determinación judicial que se comenta no supone, en sí misma, el dictado o el sometimiento del inculpado a medidas cautelares personales o reales (*v. gr.*, la prisión preventiva o el embargo precautorio, respectivamente), sino que alude formal y materialmente al inicio del proceso o sumario, sin que ello signifique —como apunta Sergio García Ramírez— que no puedan originarse otro tipo de consecuencias jurídicas para el procesado. De ello resulta, *grosso modo*, que las medidas cautelares pueden *desvincularse* del auto de vinculación (del sujeto) a proceso, o bien puede contenerlas. Así, por ejemplo, respecto a la prisión preventiva se observan dos tratamientos jurídicos distintos: que en caso de proceder, en el auto de procesamiento se determine esta medida cautelar, o bien que se decrete en acto procesal posterior.

Conforme a la tendencia observada hacia la implementación de procesos penales acusatorios, adversariales y orales en Latinoamérica (Chile, México, Argentina, Costa Rica, Colombia…), los requisitos comunes que debe satisfacer el auto de vinculación a proceso o de procesamiento, atendiendo a la forma y al fondo, son:

A) *De forma*: *a)* que se haya formulado imputación (denominada también "formalización de la investigación"), es decir, que se haga del conocimiento del inculpado, en presencia del juez (de control o garantía), que existe una investigación en su contra respecto a uno o más hechos típicos; esto es, de interés para el derecho penal, y que existe la probabilidad de que él los haya cometido o participado en su comisión. Y es precisamente en la audiencia de formulación de la imputación donde el Ministerio Público o fiscal solicitará la vinculación a proceso del imputado, que deberá decidirse en ésta o posterior audiencia; *b)* que el imputado haya rendido declaración o indagatoria, o bien haya manifestado su deseo de no hacerlo; *c)* que se dicte únicamente por los hechos que motivaron la formulación de la imputación, aun y cuando el juez les otorgue una clasificación jurídica distinta a la efectuada por el fiscal, y *d)* que se señalen claramente las circunstancias de lugar, modo y tiempo de los hechos que se le imputan.

B) *De fondo*: *a)* que los hechos investigados por los que se formula la vinculación a proceso sean constitutivos de un delito; *b)* que exista probabilidad de que el inculpado es autor o partícipe del delito, y *c)* que se pueda incoar un procedimiento en su contra por esos hechos; es decir, que no se actualice alguna excluyente de responsabilidad penal (*v. gr*. legítima defensa) o causa de extinción de la acción penal (*v. gr*. prescripción).

A los requisitos anteriores deben agregarse, asimismo, los requerimientos de la garantía de seguridad jurídica consagrada en las cartas fundamentales, a saber: constar por escrito; haber sido emitidos por autoridad judicial, y estar fundados y motivados (en hechos y de derecho).

Por el contrario, si dentro de los plazos fijados por los códigos procesales no se reúne alguno de los requisitos señalados en el apartado anterior, sea de forma o de fondo, la autoridad jurisdiccional emitirá *auto de no vinculación a proceso* o *de falta de mérito*, el cual no impide que el Ministerio Público pueda continuar con la investigación y, de ser el caso, formule de nueva cuenta la imputación que acarreé el posterior dictado de un auto de vinculación a proceso. Esto último no vulnera el principio *non bis in idem* (prohibición de ser juzgado dos veces por los mismos hechos), en virtud de que el auto de falta de mérito no "causa estado", al tratarse de una determinación jurisdiccional que no sobreviene luego de un procedimiento que culmine con sentencia firme ni es, en sí mismo, una sentencia.

En relación con los recursos: *a)* en contra del auto que resuelva sobre la vinculación a proceso procede el recurso de apelación, el cual deberá interponerse ante el mismo juez que lo dictó, quien deberá citar a las partes a audiencia para su sustanciación y posterior decisión.

b) Si, como se ha dicho, la figura procesal en comento no tiene como efecto material inherente el *privar* al inculpado de su libertad (*i. e.* prisión preventiva), sí constituye, no obstante, un acto de *perturbación* o *ataque* a la libertad personal, puesto que origina, entre otras, la obligación del imputado de presentarse ante la autoridad jurisdiccional cuantas veces sea requerido por ésta para la correcta marcha y continuación del proceso (lo que restringe, por supuesto, su libertad); de hecho, la autoridad judicial puede, al existir —y como consecuencia de— esa vinculación a proceso, dictar otras medidas para garantizar la ineludible presencia del inculpado. *Ergo*, y de acuerdo con la jurisprudencia mexicana, en contra del auto de vinculación a proceso será procedente el juicio de amparo y el otorgamiento de la suspensión del acto reclamado, en atención a que la Ley de Amparo mexicana no establece una graduación o magnitud de los "ataques" a la libertad personal, es decir, no requiere que el inculpado sea materialmente privado de su libertad (*i. e.* recluirlo en un establecimiento especial, destinado a ese efecto) para que éste pueda acudir a los jueces o tribunales constitucionales en busca de la protección de sus derechos fundamentales; esta consideración es extensiva, en otras latitudes, al *hábeas corpus* (como sucede en Costa Rica, donde procede este recurso "en contra de las *amenazas* a [la] libertad y las *perturbaciones* o *restricciones* que respecto de ella [se] establezcan…"), a la "acción de tutela" y al "recurso de protección" (en el caso de Chile, donde este recurso "podrá ser deducido en favor de toda

persona que ilegalmente sufra cualquiera otra *privación*, *perturbación* o *amenaza* en su derecho a la libertad personal").

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, en el Informe 17/94 (caso Maqueda), acogido por los tribunales federales argentinos, que el auto de procesamiento "también es una garantía de la vigencia de la doble instancia, que no sólo ampara a la sentencia penal condenatoria, sino a todo auto importante que agravie al imputado"; es decir, que al constituir un acto de afectación para el procesado necesariamente deberá otorgársele la posibilidad de recurrirlo.

Wendy Vanesa Rocha Cacho

Autocomposición

La autocomposición es una forma de resolución de los litigios. Se reconocen diversas especies: dos unilaterales o derivadas de un acto simple y una bilateral derivada de un acto complejo: *a)* la *renuncia*; *b)* el *reconocimiento*, y *c)* la *transacción*. Tanto la renuncia como el reconocimiento, ya sea de derechos o de pretensiones, constituyen indudablemente formas autocompositivas de los conflictos de intereses, pero que no necesariamente se dan en el campo de lo procesal, sino que pueden aparecer antes, después, o independientemente del proceso. Es necesario precisar que sus especies procesales son el desistimiento, y el allanamiento. El desistimiento es una renuncia de derechos o de pretensiones y el allanamiento es un reconocimiento; ambas figuras se producen en el campo del proceso. Existen tres tipos de desistimiento: desistimiento de la demanda, desistimiento de la instancia y desistimiento de la acción. El desistimiento de la acción es el único que puede considerarse como forma autocompositiva, porque significa una renuncia de la pretensión o al derecho, y consecuentemente con ello se soluciona el litigio. Los derechos que merecen una tutela o protección especial y que afectan el orden o el interés público (derechos de familia, derechos alimentarios, derechos sociales regulados por el derecho del trabajo o por el derecho de la seguridad social) no pueden renunciarse.

El allanamiento es una conducta que implica el sometimiento por parte del demandado a las pretensiones de quien acciona. El allanamiento no siempre obliga al juez a condenar al demandado. El juez de oficio está obligado a examinar la procedencia de la acción.

La transacción es la figura característica de autocomposición bilateral, y puede ocurrir dentro o fuera del proceso, antes de que éste se inicie o una vez iniciado. Se trata de un acuerdo de voluntades, y las partes encuentran la solución de la controversia o del litigio y por lo general suscriben un convenio. Sin embargo, no se puede transigir sobre el estado civil de las personas ni sobre la validez del matrimonio. Será nula la transacción que verse sobre delito, dolo y culpa futuros; sobre la acción civil que nazca de un delito o culpa futuros, sobre sucesión futura, sobre una herencia, antes de visto el testamento si lo hay y sobre el derecho de recibir alimentos, en razón precisamente del carácter de orden público de todas las cuestiones antes citadas. El acuerdo de voluntades puede surgir mediante una mediación o una conciliación. Petronio Calmon sugiere que la mediación es un mecanismo para la obtención de la

autocomposición, caracterizado por la participación de un tercero imparcial que auxilia, facilita, incentiva a las partes. Este tercero imparcial y neutro no cuenta con poderes de decisión. Su misión es ayudar a las partes a encontrar voluntariamente una solución mutuamente aceptable. El procedimiento de mediación es siempre voluntario y confidencial, con un método propio e informal. A diferencia de la conciliación, en la cual el tercero imparcial propone estrategias de solución del litigio, la mediación fomenta una convivencia social armónica a través del diálogo y la tolerancia basada en los principios de prontitud, economía, y satisfacción de las partes. Las características de la mediación son, entre otras: la voluntad mutua, la confidencialidad, la flexibilidad, la neutralidad, la imparcialidad, la equidad, la legalidad y la economía. Para lograr verdaderamente que la mediación sea eficaz; esto es, que los mediados encuentren una solución de fondo a su choque de intereses y logren incluso la ejecución de sus acuerdos voluntariamente, es necesario contar con el factor humano. Esto significa disponer de personal altamente calificado y capacitado, que cuente con las técnicas necesarias para reducir la tensión y la agresividad de manera significativa.

Por lo general, toda controversia implica una lucha de poderes. El secreto en la mediación es colocar a los mediados en un nivel igualitario, crearles conciencia de sus acciones y que ellos mismos evalúen su conducta frente al otro. Alberto Saíd considera que la mediación constituye una figura intermedia entre la autocomposición y la heterocomposición, ya que la solución proviene de las partes, pero existe una intervención importante de un tercero. Por influencia sajona se le denomina "medio alternativo de solución de controversias, precisamente porque constituye un camino distinto del proceso jurisdiccional".

Carina X. Gómez Fröde

Autoridad

El concepto jurídico de autoridad se refiere a la facultad que tiene una persona para modificar válidamente la situación jurídica de otra. En particular, la autoridad pública se identifica con el poder público o la capacidad del Estado para hacerse obedecer incluso mediante la fuerza pública, así como con los individuos y órganos a quienes se otorga ese poder o fuerza pública. En el derecho procesal constitucional, la importancia del concepto de autoridad radica en que delimita el tipo de actos que pueden ser objeto de escrutinio constitucional. Si conforme al art. 1o. constitucional los deberes de promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos se predican respecto de "todas las autoridades", el contenido que se dé a esta expresión determina el alcance y la eficacia de la protección de los derechos fundamentales. Así, una concepción tradicional de la autoridad, vinculada a la noción de imperio, limita el tipo de actos sobre los que puede proyectarse la justicia constitucional; una noción amplia, en cambio, expande la oponibilidad de los derechos fundamentales.

En su mayoría, las jurisdicciones constitucionales han adoptado criterios amplios para la identificación del poder público, comprendiendo no solo al

poder que ejercen los órganos del Estado, sino también al que, en el ámbito de las relaciones privadas, posibilita que los particulares impongan a otros su voluntad y, consecuentemente, incidan en sus derechos fundamentales. De este modo, se han privilegiado criterios materiales atinentes a la naturaleza de los actos que emiten, por encima de criterios formales u orgánicos, reconociendo con ello los complejos fenómenos sociales, políticos y económicos por los que los particulares actúan en ciertas instancias en un plano similar al de las autoridades estatales. De esta manera, más que a las características del ente para determinar su carácter de autoridad, debe identificarse la existencia de "actos de autoridad".

En México, el concepto de autoridad como sujeto pasivo de los derechos fundamentales se ha desarrollado en torno a la noción de "de autoridad para efectos del amparo", la cual ha transitado por tres grandes etapas. La primera está marcada por el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso de Marcolfo E. Flores (1919). El quejoso había solicitado el amparo en contra de los actos del mayor Canuto Ortega, quien pretendió privarlo ilegalmente de su libertad. El juez que conoció del asunto negó el amparo argumentando que el mayor era un particular (un "general" de la Revolución, no era titular de ningún órgano de autoridad ni un militar miembro del ejército mexicano). La Corte revocó la sentencia y concedió la protección federal estableciendo que el término "autoridades" para los efectos del amparo comprendía a aquellas que dispusieran de la fuerza pública en virtud de circunstancias legales o de hecho, y que por tal motivo se encontraran en posibilidad material de ejercer actos públicos. A pesar de que se trataba de un criterio vanguardista, cuya esencia radicaba en que las autoridades no solo eran las establecidas conforme a la ley, sino también las de hecho, su contenido se fue distorsionando, al interpretarse que el uso de la fuerza pública era indispensable para tener a una persona u órgano como autoridad para efectos del amparo, idea que imperó prácticamente todo el siglo XX (*SJF, Apéndice 1917-1985*, octava parte, p. 122). Incluso, este criterio se restringió aún más cuando la Corte estableció que solo los órganos centrales del Estado podían tener el carácter de autoridades, excluyendo así a los organismos descentralizados.

No fue sino hasta 1996 cuando se interrumpió el criterio que centraba el concepto de autoridad en la fuerza pública. La Corte señaló que la aplicación generalizada de ese criterio conducía a la indefensión de los gobernados, porque los diversos organismos del Estado, con independencia de la disposición directa que llegaran a tener de la fuerza pública, con fundamento en una norma legal podían emitir actos unilaterales a través de los cuales creaban, modificaban o extinguían por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afectaban la esfera legal de los gobernados. Así, se estableció que para determinar el carácter de autoridad debía atenderse a las particularidades del acto emitido, para lo cual el juzgador debía examinar si la norma legal facultaba o no al ente para tomar decisiones o resoluciones que pudieran afectar unilateralmente la esfera jurídica del interesado sin su consentimiento y sin necesidad de acudir a los órganos jurisdiccionales y que estas fueran exigibles mediante el uso de la fuerza pública o de otras autoridades, abandonando también la

idea de que el acto debía emanar de un órgano central del Estado (*SJF*, tomo V, febrero 1997, p. 118).

La tercera etapa en la concepción de la autoridad como sujeto pasivo de los derechos fundamentales deriva de las reformas constitucionales en materia de amparo y de derechos humanos de 6 y 10 junio de 2011, respectivamente. Aunque a nivel constitucional no quedó definido el concepto de autoridades, ambas reformas tuvieron como objetivo poner a los derechos fundamentales en el centro del diseño constitucional, lo que sirvió como plataforma para la expedición de la Ley de Amparo de 2013, la cual establece un concepto amplio de autoridad responsable, definiéndola como aquella que "con independencia de su naturaleza formal, dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u, omita el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones". Asimismo, considera como autoridades para efectos del amparo, a "los particulares […] cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general" (art. 5o., frac. II).

Así, las notas distintivas del concepto de autoridad como sujeto obligado a respetar los derechos fundamentales son: a) la existencia de un ente de hecho o de derecho que establece una relación de supra a subordinación con un particular; b) que la relación derive de la ley, dotando al ente de una facultad administrativa, cuyo ejercicio es irrenunciable; c) que con motivo de esa relación emita actos unilaterales a través de los cuales cree, modifique o extinga por sí o ante sí situaciones jurídicas que afecten la esfera legal del particular, y d) que para emitir esos actos no requiera acudir a los órganos judiciales ni requiera la voluntad del afectado (*SJF*, tomo XXXIV, septiembre de 2011, p. 1089).

Esta noción material y extensiva del concepto de autoridad tendiente a la protección horizontal de los derechos fundamentales se incorporó a la Constitución en febrero de 2014 con la reforma al art. 6o., en el que se reconoce expresamente a los particulares como sujetos pasivos del derecho a la información, al señalar que es pública "toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal y municipal", lo que se traduce en la posibilidad que tiene el organismo garante del derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales, de conocer de asuntos relacionados con el acceso a la información pública en posesión de particulares.

Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Averiguación de hechos que constituyan una violación grave de garantías individuales

Al proclamarse la Constitución federal de 1917, en el tercer párrafo del art. 97 se estableció por primera vez el procedimiento denominado "facultad de investigación de la Suprema Corte", cuyas atribuciones permitían que el

máximo tribunal del país nombrara a algún juez de distrito o magistrado de circuito, o designara uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juzgara conveniente o lo pidiera al Ejecutivo Federal o alguna de las Cámaras de la Unión, o el gobernador de algún estado, únicamente para que averiguara la conducta de algún juez o magistrado federal, o algún hecho o hechos que constituyeran la violación de alguna garantía individual, o la violación del voto público, o algún otro delito castigado por la ley.

La facultad otorgada a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por el segundo y el tercer párrafo del art. 97 permitía realizar una averiguación para determinar la existencia de una violación de garantías individuales y/o derechos humanos, así como de la violación al voto público, la cual consistía en un procedimiento indefinido; en virtud de no existir una técnica específica considerada en una norma reglamentaria, sin embargo, en virtud de la necesidad y del ejercicio reiterado de dicho procedimiento, hubo la necesidad de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de las facultades que la propia Constitución le otorga en el precepto 94, emitiera por el Pleno un acuerdo que indicara el trámite necesario a seguir en cualquier investigación. Por ello, el acuerdo general 16/2007 integraba un trámite específico para su conocimiento.

Como parte de las necesidades de la averiguación, se integraba una comisión investigadora, cuyas funciones consistían en solicitar de autoridades o servidores públicos todo tipo de documentos e informes, que pudieran guardar relación con la investigación, con independencia de que fuera de naturaleza reservada o confidencial; asimismo, solicitar la colaboración de las personas físicas o morales, que resultara necesaria para la investigación, a fin de que manifestaran los hechos o datos que les constaran, o, en su caso, presentarse en las oficinas de las autoridades a quienes se relacionara con los hechos sujetos a la investigación, ya fuera de manera personal o por conducto del personal bajo su mando, para revisar la documentación que pudiera guardar vinculación con la investigación, previo acuerdo que motivara la pertinencia de la medida. Lo anterior otorgaba la garantía de que los comisionados actuarían en todo momento con estricto apego al marco constitucional y con pleno respeto a las garantías individuales y/o derechos humanos.

Las investigaciones debían desarrollarse con total imparcialidad, objetividad e independencia, y con pleno respeto a la autonomía de los tres niveles de gobierno. Lo anterior, como una formalidad de cualquier procedimiento, que no obstante su carácter extraordinario y procedimiento especial debía guardar las mismas formalidades esenciales que cualquier otro procedimiento.

Por lo anterior, la comisión investigadora y su personal de apoyo serían responsables del manejo de la información que pudiera utilizarse en la investigación, limitándose exclusivamente a los hechos consumados determinados por el pleno en la resolución en la que se acordara el ejercicio de la facultad de investigación, en virtud de no ser un procedimiento *ex oficio,* sino que otorgaba cierta discrecionalidad en su ejercicio; es decir, la Corte en última instancia decidía si la ejercía o no.

El aludido acuerdo general también indicaba que toda investigación tendría una duración de por lo menos seis meses, correspondiendo al Pleno de-

cidir si se ampliaba dicho plazo cuando la investigación así lo requiriera. Los resultados de la averiguación de hechos que constituían una violación grave culminaban con un dictamen de carácter no vinculante para los órganos que resultaran responsables, por lo que su naturaleza era meramente persuasiva o inductiva. De esta manera, la "averiguación de hechos que constituyen una violación grave a las garantías individuales" puede entenderse como aquel procedimiento a través del cual se ordena una investigación a la SCJN para determinar la existencia o no de una violación grave a los derechos humanos.

Los acuerdos o determinaciones de la Comisión debían tomarse por unanimidad o mayoría de votos de sus integrantes, sin perjuicio de que la ejecución de esos acuerdos o determinaciones pudiera realizarse de manera separada o conjunta por los comisionados, o bien bajo la coordinación de alguno de ellos. Concluida la investigación, la Comisión formulaba un informe preliminar, en el que se relacionaban los hechos y las constancias que obraran en el expediente, así como todos los demás elementos de convicción recabados, con objeto de que el ministro que formulara el dictamen lo considerara y el pleno determinara en forma definitiva si los hechos investigados constituían o no una violación grave de garantías individuales y/o derechos humanos.

En el informe no se podría calificar la legalidad de lo actuado en averiguaciones previas, juicios o procedimientos de cualquier índole que efectuaran otros órganos del Estado y que versaran sobre los hechos consumados, materia de la investigación, sin perjuicio de que si en el desarrollo de la misma la comisión investigadora advertía que en alguno de estos asuntos pudieran haberse cometido violaciones graves de garantías individuales, así lo señalarían en sus conclusiones, a fin de que el Pleno determinará lo conducente. De igual forma, no podría adjudicarse responsabilidades, sino únicamente identificar a las personas que hubieran participado en los hechos calificados como graves violaciones a las garantías individuales; a eso corresponde una averiguación.

Fabiola Martínez Ramírez

B



Balanceamiento

Se trata de una técnica de juicio que, en el examen de legitimidad constitucional, confronta dos principios constitucionales, o intereses, o valores, extrayendo de su ponderación el criterio de solución del caso. Esto tiende a valorar si, y cómo, un interés público está garantizado gracias al sacrificio de otros valores protegidos. La técnica de balanceamiento es ya común en la mayor parte de los sistemas constitucionales contemporáneos; pero, como otros conceptos que han pasado a ser técnica de control constitucional, ésta se orienta según diferentes esquemas. En Estados Unidos, por ejemplo, se distingue por un lado el llamado *definitional balancing,* que significa los cánones que orientan el resultado del balanceamiento y garantizan una mayor previsibilidad del juicio de legitimidad, y, por otro el *ad hoc balancing,* que prevé que la ponderación tenga en cuenta en cada ocasión el caso en concreto. El balanceamiento, como otros conceptos (razonabilidad), es portador, según el momento histórico, de diversas "ideas" del derecho y, en este caso en particular, de las ideas sobre los sistemas de tutela de los derechos individuales. Desde el punto de vista filosófico, por ejemplo, la importación de esta técnica de control sobre ordenamientos del *civil law* relativiza el mito de la codificación y aproxima el juicio de constitucionalidad a las modalidades de los juicios típicos de la *common law* (justicia constitucional, *judicial review).*

Sara Pennicino
(traducción de X. Lazo Fuentes)

Bill of Rights

Literalmente "proyecto de ley sobre derechos", el Bill of Rights es la ley aprobada por el Parlamento inglés en 1689 tras la Revolución Gloriosa, que declaró el cese del rey Jacobo II Stuart y reconoció la sucesión en el trono de su hija María y del yerno Guillermo de Orange. Este estableció, además, que sin consenso del Parlamento el rey no podía suspender las leyes, mantener un ejército permanente dentro del reino en tiempo de paz o cobrar impuestos para la Corona. Además, garantizó elecciones libres del Parlamento, derecho de petición al rey y libertad de palabra de los parlamentarios. La expresión Bill of Rights se utiliza también para definir las primeras 10 enmiendas a la Constitución estadounidense de 1787 (Declaraciones de derechos).

Justin O. Frosini
(traducción de G. Folli)

Bioética y bioderecho

La interacción entre la bioética y el bioderecho implica la existencia necesaria de enfoques interdisciplinarios para su estudio. La construcción conceptual de la palabra *bioética* ha pasado por un proceso de evolución respecto al significado. Este término no se conocío sino hasta 1971, cuando Van Rensselaer Potter publicó el libro *Bioethics: Bridge to the Future.* En la actualidad, la bioética se puede definir como el estudio sistemático de las dimensiones éticas y mo-

rales de las ciencias de la vida y atención a la salud, empleando una variedad de metodologías en un contexto transdisciplinar para el análisis de problemas concretos. Es importante establecer que cualquier definición estará sujeta a diversas interpretaciones, inclusive contrastantes, de acuerdo con el contexto cultural en el que se apliquen.

Es necesario señalar que el surgimiento de esta área dentro del derecho emerge en los años noventa. Su origen se encuentra en la doctrina jurídica francesa, derivada de la palabra *biodroit,* lo cual muestra que este término ha sido y es asociado mayormente con tradición jurídica de Europa continental. En la tradición anglosajona, bioderecho es comúnmente referido como derecho médico (*medical law)* o bien jurisprudencia médica (*medical jurisprudence)*, particularmente en el Reino Unido, siendo su principal exponente la notable jurista y profesora Margaret Brazier. Susan Poland señala que el bioderecho puede ser definido como "la investigación y práctica, generalmente interdisciplinaria por su naturaleza, cuyo objetivo es la clarificación o solución de las cuestiones éticas planteadas por los avances y aplicaciones de las ciencias biomédicas y biológicas". Resulta complejo acotar el campo de estudio del bioderecho, puesto que tanto como la bioética son áreas del conocimiento en desarrollo, puesto que su evolución también depende de los rápidos avances de la biotecnología, de la biomedicina, y en general de las ciencias biológicas, además de la construcción de un método y metodología propias.

Con el fin de proporcionar respuesta a muchas de las interrogantes y dilemas que han surgido debido al avance y cambios en la práctica médica e investigaciones biotecnológicas, un amplio número de organizaciones académicas, gubernamentales y no gubernamentales se han establecido en las últimas tres décadas. Destacan los centros de investigación, comisiones públicas establecidas por los gobiernos nacionales y organizaciones internacionales, que tienen como fin promover la reflexión bioética y en su caso la creación de instrumentos normativos para la regulación de la práctica médica, investigación biotecnológica y aplicaciones biomédicas.

En nuestro país comienza una intensa preocupación por la discusión en los temas de bioética en la salud y el derecho. Es así como en 2005 se crea por decreto presidencial publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de septiembre del año mencionado, la Comisión Nacional de Bioética (con bioética), la cual tiene por objeto promover el estudio y observancia de los valores y principios éticos para el ejercicio tanto de la atención médica como de la investigación en la salud.

En la actualidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en México comienza a cobrar un papel fundamental en la consolidación de la secularización de las discusiones bioéticas, así como de atención a la salud, libertad sexual y reproductiva. La consolidación del diálogo entre bioética y bioderecho se inicia con la aparición de las nuevas biotecnologías aplicadas a la medicina, cambios sociales y culturales en materia de sexualidad y salud reproductiva, así como la exposición de estos casos ante los tribunales generan dialógos transdisciplinares. En este sentido, diversos aspectos de reflexión bioética se ponen en movimiento y encuentran definición algunas veces dentro del ámbito judicial y no en el legislativo. Este es el escenario que vivimos

actualmente, ya que, con mayor frecuencia, complejos y trascendentes dilemas bioéticos han requerido y requieren ser resueltos a través de juicios, que marquen opiniones claras y precisas sobre los temas controvertidos.

Las posturas de algunos de los ministros de la SCJN en cuestiones como la declaración de constitucionalidad de la interrupción del embarazo antes de la doceava semana de gestación en el Distrito Federal (DF), cuestiones sobre discriminación de militares infectados con VIH, la constitucionalidad del matrimonio y adopción por personas del mismo sexo y la introducción de la píldora de emergencia en los servicios de salud pública, han contribuido en gran medida a la determinación de una política pública de salud, de nuevas reflexiones bioéticas y mayor interés en la interacción del bioderecho con esta última. La SCJN y cortes latinoamericanas enfocadas a la protección de los derechos humanos seguirán cobrando un papel trascendental en estas discusiones, en el corto y largo plazo, puesto que estará en condiciones de validar el contexto actual, mediante los procedimientos adoptados previo a la toma de decisiones sobre dilemas de bioética y bioderecho, mismos que ponen de manifiesto las fallas o vicios en la creación de normas dentro del Poder Legislativo, puesto que la elaboración de las mismas en los últimos años se ha apegado a convicciones y creencias religiosas. Las convicciones religiosas o laicas sobre los avances científicos y biotecnológicos, así como sobre el actuar de los profesionales de la salud, juegan un papel básico en tormo a las concepciones bioéticas de un determinado lugar. Es así como encontramos el aporte de las disciplinas de otras áreas de las ciencias sociales, como la antropología y la sociología, que también juegan un papel trascendental en el desarrollo de la bioética y el bioderecho, debido a que desde su criterio sus principios y métodos proporcionan importantes elementos para la determinación del análisis y los argumentos bioéticos y la reglamentación jurídica de las conductas y situaciones que emergen del desarrollo de la biomedicina.

El bioderecho se ha apoyado en los conceptos básicos establecidos por las reflexiones bioéticas para la creación de marcos jurídicos concretos en diversas áreas de la biomedicina y biotecnología. Las legislaturas y los juzgadores se han fundamentado en reflexiones bioéticas para precisar cuestiones tales como el inicio de la vida, la formalidad del consentimiento y la definición de la muerte, por ejemplo. Se afirma que la bioética y el bioderecho son disciplinas que reflejan la influencia de diversos factores culturales, económicos, religiosos, seculares y sociales, que representan en cierta medida el marco de acción de los profesionales de la medicina e investigadores en cualquier disciplina de un lugar determinado, que en algunos países puede ser reglamentado para convertirse en una norma legal, ya sea a través de códigos de conducta profesional médica o de disposiciones normativas, que regulan tanto los procedimientos de investigación como los quirúrgicos, así como la práctica de la medicina, el desarrollo y aplicación de las emergentes biotecnologías.

María de Jesús Medina Arellano

Bloque de constitucionalidad y bloque de convencionalidad

Paralelamente al concepto de Constitución, varios países utilizan el de bloque de constitucionalidad, el cual designa y engloba distintas realidades según el país de que se trate. Pero en todos los casos la nota común es que hay normas fuera de la Constitución que comparten con ella el primer escalón en la pirámide jurídica de ese país y que se utilizan en conjunto para evaluar la constitucionalidad de las normas de inferior jerarquía.

El concepto fue creado en 1970 en Francia (Emeri, Claude, comentario a la decisión del Consejo Constitucional referida a la reforma del Reglamento de la Asamblea Nacional, *Revue de Droit Public*), donde la doctrina lo utilizó para explicar las decisiones del Consejo Constitucional en las que éste hacía uso de la remisión que formula la Constitución vigente a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Vedel, Georges, "La Place de la Déclaration de 1789 dans le Bloc de Constitutionnalité"*)*; al preámbulo de la Constitución de 1946; a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y a los "objetivos de valor constitucional" (Favoreu, Louis, "Le principe de constitutionnalité: Essai de définition d'aprés la jurisprudence du Conseil Constitutionnel", en la obra colectiva *Mélanges Eisenman I*). En ese país, todas las normas que lo integran son de derecho interno y gozan de la misma jerarquía; es decir, que no existen gradaciones intrajerárquicas en su seno.

En España se utiliza la expresión "bloque de constitucionalidad" para referirse a normas que están fuera de la Constitución, pero que sirven, al igual que ésta, para diseñar el reparto de competencias entre el Estado central y las comunidades autónomas (Rubio Llorente, Francisco, "El bloque de constitucionalidad"). El bloque español se compone, básicamente, por los estatutos de autonomía sancionados por dichas comunidades, las cuales, de ese modo, participan del dictado de la Constitución nacional, con posterioridad a la sanción de ésta (puede verse nuestro trabajo "El ejercicio incompleto del Poder Constituyente y el bloque de constitucionalidad en España"). No obstante, la lista de normas que lo integran no está cerrada ni tiene contornos claros, sino que las distintas normas ingresan o salen del bloque según la función que cumplen, pero no por rasgos o cualidades inherentes a la norma. También se consideran integrantes de él ciertas leyes orgánicas y los reglamentos de las asambleas parlamentarias (puede verse la reseña de las decisiones del Tribunal Constitucional que fueron perfilando el bloque español en nuestro libro *El bloque de constitucionalidad)*.

En Panamá, la doctrina del bloque fue recogida por la Corte Suprema en 1990 (*Gaceta Oficial* no. 21.726 del 8-2-91). La doctrina la define como "el conjunto normativo de jerarquía constitucional que la Corte… ha empleado para emitir juicio sobre la constitucionalidad de las leyes y otros actos sujetos al control judicial de esta institución" (Hoyos, Arturo, *La interpretación constitucional),* y está integrado por: (i) la Constitución formal, (ii) la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia constitucional; (iii) la costumbre constitucional; (iv) el reglamento de la Asamblea Legislativa; (v) el Estatuto de Retorno Inme-

diato a la Plenitud del Orden Constitucional (dictada luego de la intervención norteamericana de octubre de 1989).

En Colombia, la Corte Constitucional (Sentencia n° 225, del 18 de mayo de 1995), en una decisión de 1995, aplicó normas de derecho internacional humanitario, al cual consideró parte del derecho internacional de los derechos humanos. Para hacerlo, analizó el juego de los arts. 4 y 93 de la Constitución (por el primero, ella es suprema, y por el segundo, los tratados de derechos humanos prevalecen sobre el orden interno siempre que reconozcan derechos humanos no suspendibles en estados de excepción), y sostuvo que la referida prevalencia puede ser válida desde la perspectiva del derecho internacional, pero desde la óptica del derecho constitucional, esta interpretación debe ser matizada mediante la adopción de la doctrina del bloque de constitucionalidad, porque "permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los arts. 4 y 93 de nuestra Carta".

En Argentina, el art. 75, inciso 22, de la Constitución, incorporado en 1994, enumera once (ese número ha sido ampliado a trece, en virtud de la elevación a jerarquía constitucional de dos nuevos tratados, en 1997 y 2003) instrumentos internacionales de derechos humanos, y establece que "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos…". Esos instrumentos internacionales están en pie de igualdad con la Constitución (Bidart Campos, Germán J., *La interpretación del sistema de derechos humanos*), pero no se han convertido en derecho interno, sino que siguen siendo derecho internacional, directamente aplicable en el ámbito interno y con la máxima jerarquía. El bloque argentino, en su conjunto, y sin diferencias jerárquicas dentro de él, es el parámetro para el ejercicio del control de constitucionalidad de las demás normas, tal como ha reconocido la Corte Suprema (*Fallos* 318:514; 319:3241; 319:3148, etcétera.).

La Constitución de Bolivia, reformada en 2009, fue la primera que incluyó la voz bajo estudio en su texto (art. 410): "*II.* La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: 1. Constitución Política del Estado. 2. Los tratados internacionales. 3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena. 4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes".

La Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana (Resolución No. 1920-2003 del 13-11-03) sostuvo en 2003, "…que la República Dominicana, tiene un sistema constitucional integrado por disposiciones de igual jerarquía que emanan de dos fuentes normativas esenciales: a) la nacional, formada por la Constitución y la jurisprudencia constitucional… y b) la internacional, compuesta por los pactos y convenciones internacionales, las

opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; fuentes normativas que en su conjunto, conforme a la mejor doctrina, integran lo que se ha denominado, el bloque de constitucionalidad, al cual está sujeta la validez formal y material de toda legislación adjetiva o secundaria… toda normativa sobre derechos humanos contenida en las declaraciones, pactos, convenios y tratados internacionales, es de aplicación directa e inmediata; que por lo tanto, reconocido el bloque de constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico, se impone su aplicación…".

A modo de síntesis comparativa, diremos:

(i) Las normas que se incorporan a cada uno de los bloques difiere de país en país: en Francia, España y Panamá solo ingresan al bloque normas de derecho interno; mientras que en Argentina, Colombia, Bolivia y Dominicana ingresan a él ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos.

(ii) El objetivo de la conformación del bloque en Francia, Colombia, Argentina, Bolivia y República Dominicana es el de completar el sistema de derechos, mientras que en España apunta al sistema de repartición de competencias estatales, y en Panamá se refiere el sistema constitucional en su totalidad.

(iii) Salvo en el caso español, en los demás todas las normas que integran el bloque ostentan la misma jerarquía normativa.

(iv) En el caso de Argentina, Colombia, Bolivia y República Dominicana, se puede hablar también de bloque de convencionalidad, dado que se integran a él algunos instrumentos internacionales de derechos humanos, que deberán ser aplicados por los jueces en forma directa e inmediata y en armonía con la Constitución nacional, en ejercicio de lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha denominado el "control de convencionalidad" (podemos distinguir una línea jurisprudencial de ese tribunal que arranca con el caso *Almonacid Arellano* del 26-9-2006).

Pablo Luis Manili

Boleta electoral

Para precisar el concepto debe responderse a las siguientes interrogantes: ¿qué es?, ¿para qué sirve?, ¿cómo y cuándo se utiliza?, ¿quién la emplea?, ¿cuáles son las características de la boleta electoral y sus medidas de seguridad?

De inicio, por boleta electoral podemos entender al elemento físico o instrumento, generalmente de papel (aunque pudiera ser de otro material, como cartulina, cartón etc.), que sirve para consignar en él la voluntad ciudadana, y con el cual se ejerce el derecho al voto. También existe en algunos países la boleta electrónica.

Atendiendo a las características comunes de la boleta electoral, en distintas legislaciones de Latinoamérica es el documento oficial (ya sea avalado por una autoridad administrativa y/o por los partidos políticos contendientes) a través del cual un ciudadano ejerce el derecho de votar en una elección popular, el cual adquiere la calidad de voto después de haber sido depositado en la urna, y de documental, en la que queda de manifiesto la voluntad del elector

respecto de una elección popular; es la prueba fehaciente de la existencia de un voto susceptible de ser escrutado para una elección y en su caso recontado por quien cuenta con facultades para ello.

La boleta electoral es el medio idóneo para hacer realidad la participación democrática de los ciudadanos en la intervención activa de lo público. Así, la boleta electoral, en cuanto contiene la expresión de la decisión del elector, equivale al voto mismo. Así, la boleta electoral se diferencia del voto en tanto ésta aún no ha sido depositada en la urna, y puede incluso llegar a ser inutilizada; mientras que el voto es aquel emitido por el ciudadano en la boleta depositada en la urna electoral, pudiendo calificarse de voto válido o nulo.

Toda boleta electoral pasa por un proceso de diseño, aprobación, impresión y distribución. En el Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina, Ana Catarina Clemente hace referencia a legislaciones adelantadas en países como Chile, El Salvador, Guatemala, Uruguay y Venezuela, que contienen reglas detalladas para las boletas electorales, y aclaran expresamente a quién le corresponden las competencias de aprobación, impresión y distribución. Con relación a la impresión del modelo de boleta, hay legislaciones restrictivas en cuanto a las medidas de seguridad en la producción del papel (marca de agua, fibrillas visibles y ocultas) y en la impresión (microimpresiones sellos de agua, caracteres invertidos e imagen latente).

En el caso de México, las boletas electorales se mandan a imprimir en papel seguridad con fibras y marcas de agua, y deberán contener medidas de seguridad, que son aprobadas por la autoridad electoral administrativa, mismas que no se dan a conocer hasta que se efectúen los mecanismos de verificación, a efecto de evitar que sean falsificadas como son: marca de agua bitonal (al mirar la boleta a contraluz natural se observa la marca de agua en el papel con el logotipo de la autoridad electoral (Instituto Federal Electoral) en dos tonos, repetida por lo menos tres veces) y fibras ópticas visibles al observar la superficie del papel de la boleta, iluminada con luz natural, se capta a simple vista que existen pequeños filamentos de color café y púrpura, incorporados en la producción del papel. Proceso tras proceso, las medidas de seguridad se van adecuando a las necesidades, tecnología y presupuesto.

Para poder ser legalmente utilizada el día de la jornada electoral (para los residentes en el país) o el día en que emitan su voto por correo (para los residentes en el extranjero la boleta electoral contendrá la leyenda “mexicano residente en el extranjero”), es necesario que las boletas contengan: cargo para el que se postula, emblema a color de cada uno de los partidos políticos nacionales que participan con candidatos propios, o en coalición, en la elección de que se trate, estarán adheridas a un talón con folio con número progresivo, del cual serán desprendibles (la información que contendrá este talón será la relativa a la entidad federativa, distrito electoral y elección que corresponda), apellido paterno, apellido materno y nombre completo del candidato o candidatos. En el caso de diputados por mayoría relativa y representación proporcional, un solo espacio por cada partido político para comprender la fórmula de candidatos y la lista regional; en el caso de la elección de senadores por mayoría relativa y representación proporcional, un solo espacio para comprender la lista de las dos fórmulas de propietarios y suplentes postuladas

por cada partido político y la lista nacional; en el caso de la elección de presidente de los Estados Unidos Mexicanos, un solo espacio para cada partido y candidato; las firmas impresas del presidente del Consejo General y del secretario ejecutivo del Instituto Federal Electoral, y espacio para candidatos o fórmulas no registradas y no presenten tachones, enmendaduras y rasgaduras.

La actual Red especializada de Conocimientos Electorales, *ACE,* en la que colaboran nueve organizaciones: IDEA, EISA, Elecciones Canadá, el Instituto Federal Electoral (IFE), IFES, UNDESA, PNUD y la División de Asistencia Electoral de Naciones Unidas (UNEAD por sus siglas en inglés) ha referido en un análisis de 102 países y provincias con respecto a la papeleta utilizada en las elecciones presidenciales, que la misma comprende una variada gama de posibilidades, como las siguientes: a) papeleta única (todos los partidos están listados en la misma papeleta); b) papeleta múltiple (cada partido dispone de su propia papeleta, los electores escogen una y la depositan en un sobre); c) papeletas en blanco (el elector debe escribir el nombre del partido o candidato de su preferencia); d) voto categórico (solo se permite marcar un partido o candidato); e) posibilidad de votar por candidatos dentro de los partidos (voto preferencial). Se utiliza el mismo tipo de papeleta en todo el país; f) se utiliza el mismo tipo de papeleta en todo el; g) se utilizan diferentes tipos de papeleta en cada distrito o circunscripción electoral, los símbolos de partido aparecen en color; h) los símbolos de partido aparecen en blanco y negro; i) foto a color de los candidatos j) foto en blanco y negro de los candidatos; k) ni fotos ni logos, solo el nombre de los partidos o candidatos; l) organizados; m) listado aleatorio o sorteado; n) papeletas firmadas o autentificadas por un oficial de la mesa de votación; o) bilingües; p) multilingües.

Hay países que han avanzado hacia la validación y puesta en marcha de la boleta electrónica, lo cual facilita la emisión del tiempo y el conteo y entrega de resultados, pero hay diversos modos de emitir el voto, ya sea marcando manualmente la papeleta, mediante una máquina mecánica de votación, mediante tarjeta perforada, mediante una máquina electrónica de votación, incluso por teléfono o por Internet.

María Macarita Elizondo Gasperín

C



Caducidad de la instancia

De acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*, caducidad es la "extinción de una facultad o de una acción por el mero transcurso de un plazo configurado por la ley como carga para el ejercicio de aquéllas".

Por lo que hace al término "instancia", éste se refiere principalmente a dos cuestiones: *a)* al órgano jurisdiccional que conoce y ante el que se sustancia una causa, atendiendo a su jerarquía; así, órgano de primera y órgano de segunda instancia, y *b)* a la iniciación de un procedimiento para dirimir y determinar lo conducente respecto a la pretensión de la parte que incoa dicho procedimiento; así, la demanda interpuesta ante un órgano jurisdiccional iniciará una instancia.

La *caducidad* o *perención de la instancia* es una forma anormal de terminación del proceso que sobreviene por la falta de actividad procesal de las partes dentro del procedimiento, en un lapso de tiempo determinado legalmente.

No existe acuerdo doctrinal respecto a si la caducidad de la instancia es un desistimiento tácito de la acción; si es formalmente una *sanción* a la inactividad procesal de las partes o si es una *presunción legal* de falta de interés en la continuación de la causa. La diferencia entre la segunda y la tercera acepciones no es sólo terminológica, sino que implica cuestiones diversas: si se afirma que se trata de una sanción legal, bastaría, en principio, con la declaración del órgano jurisdiccional que decrete la extinción de la instancia, o bien que opere de pleno derecho, sin la necesidad de notificar o citar a las partes antes de decretarla; asimismo, si se le otorga una naturaleza sancionatoria, su aplicación e interpretación necesariamente deberán ser restrictivas y mesuradas. En el segundo caso se trataría de una presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario y por lo tanto podría ser desvirtuada por las partes, y respecto a la cual tendría que materializarse la garantía de audiencia.

También es necesario determinar si la inactividad de las partes, que conllevaría a la caducidad de la instancia, se refiere a un simple no-hacer, es decir, no efectuar ningún acto procesal dentro del procedimiento en cuestión, o bien a que no obstante que las partes actúen o promuevan dentro del proceso, ninguna de dichas actuaciones sea propiamente de impulso procesal, es decir, que insten al órgano jurisdiccional para arribar a una sentencia que dé por terminada la instancia, como pueden ser, por ejemplo, el señalamiento de nuevo domicilio para oír o recibir notificaciones, el nombramiento de un nuevo representante legal o abogado, entre otras. Al respecto, si bien los sistemas jurídicos latinoamericanos, de manera expresa o mediante jurisprudencia, se decantan por que dicha actividad procesal sea de impulso o activación del proceso, Mariano Azuela Güitrón, ex ministro de la Suprema Corte de Justicia de México, señala que si la ley no contempla esa exigencia, cualquier promoción o acto procesal interrumpiría el término de la caducidad.

Los requisitos para que opere la caducidad de la instancia son:

a) Existencia de un procedimiento ante un órgano jurisdiccional.

b) Inactividad procesal, que se traduce en la falta absoluta de actos procesales o promociones de las partes dentro del procedimiento que tengan la finalidad

de excitar al órgano jurisdiccional para que se pronuncie respecto al fondo del asunto a través de la sentencia. Al respecto, se requiere precisar que la inactividad debe provenir de la parte sobre la que recae precisamente esa carga procesal de incitar la actividad del órgano jurisdiccional, o bien de ambas partes, y ello en atención al principio dispositivo, de acuerdo con el cual, corresponde a las partes tanto la iniciación del proceso como el impulso del mismo hasta la etapa previa al dictado de la sentencia.

c) Transcurso del tiempo señalado legalmente para que opere la caducidad, mismo que debe contabilizarse desde la fecha de la última promoción o acto procesal, el cual, se entiende, tendría que cumplir con la característica exigida —para interrumpir el término de la caducidad— de impulsar o activar el proceso.

d) Que el órgano jurisdiccional se pronuncie, a petición de parte u oficiosamente, decretando la perención de la instancia (Argentina, Colombia). En otros casos (como el de México), la caducidad opera de pleno derecho, esto es, por el solo transcurso del tiempo y sin pronunciamiento por parte del órgano jurisdiccional que la decrete.

Se sostiene que la *justificación* o *fundamento* de la figura procesal en comento es evitar la acumulación o atiborramiento en los órganos jurisdiccionales de causas o procedimientos en los que ya no existe interés de las partes en su resolución; evitar la prolongación indefinida de los procesos, en pos de la seguridad jurídica, y que los órganos jurisdiccionales puedan avocarse al estudio de las nuevas causas o de aquellas en las que el interés de las partes por arribar a una sentencia es manifiesto. Por estas circunstancias se considera una institución de orden público, por lo que no admite renuncia o transacción entre las partes.

En relación con sus efectos:

a) La perención o caducidad en primera o única instancia tiene como consecuencia principal poner fin al proceso sin extinguir la acción o derecho respecto del cual se haya incoado el procedimiento, por lo que, en un principio, podrán las partes iniciar una nueva instancia con idéntica pretensión. No obstante, en algunos casos, como el de Colombia y Venezuela, la caducidad impide que el demandante inicie un nuevo proceso en los siguientes dos años, o nueve meses, respectivamente, contados a partir de que se notifique el auto que la decrete. Si en el segundo proceso entre las mismas partes y en ejercicio de la misma pretensión es decretada la perención, el efecto es la extinción del derecho pretendido (Colombia).

Asimismo, la caducidad en primera instancia implica que la demanda que la inicia se tendrá por no puesta, por lo que los efectos de la misma se retrotraerán, dejando las cosas en el estado en el que se encontraban hasta antes de su presentación, por lo que deja sin efecto, por ejemplo, la interrupción de la prescripción.

b) Por su parte, en tratándose de la caducidad en segunda o ulterior instancia, el efecto es el de dar fuerza de cosa juzgada a la resolución recurrida, es decir, aquella recaída en primera instancia y sobre la cual se interpuso la inconformidad o revisión en segunda instancia.

c) La determinación de caducidad de los incidentes no afecta el proceso principal, pero la caducidad de este último hace caducar aquéllos, y sólo en

tratándose de incidentes de previo y especial pronunciamiento, es decir, los que suspenden la tramitación del proceso hasta en tanto se resuelvan, sí producen la caducidad del principal.

Finalmente, cabe señalar que la caducidad o perención de la instancia es y será una figura controvertida, pues se afirma por algunos (entre ellos el ex ministro mexicano Mariano Azuela) que vulnera el derecho de los gobernados a que se les administre justicia, y a que ésta sea pronta, puesto que si se llega al extremo de la caducidad, que sobreviene luego de la inactividad procesal por más de 365 días (como señala el Código Federal de Procedimientos Civiles mexicano), por más de seis meses en primera instancia (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina; Código de Procedimiento Civil colombiano), o por más de dos años en segunda instancia (Ley de Enjuiciamiento Civil española), ello significa, *a fortiori*, una dilación del órgano jurisdiccional en resolver los asuntos sometidos a su consideración, lo que implicaría la vulneración de dicho principio.

Wendy Vanesa Rocha Cacho

Caducidad del proceso

La caducidad o perención del proceso es una forma anormal de extinción o fenecimiento del proceso por actualizarse alguna de las hipótesis señaladas legalmente, entre las que se encuentran: la transacción, conciliación o convención; el desistimiento o renuncia; el allanamiento, y la caducidad de la instancia. Así, sobrevendrá la caducidad del proceso cuando las partes arriben a un acuerdo o efectúen un *convenio* o *transacción* que extinga la materia del litigio; cuando se cumpla voluntariamente lo reclamado por alguna de las partes, con acuerdo o avenencia de la contraparte (*allanamiento*), o bien cuando el actor se desista de su pretensión antes de que la contraria haya sido emplazada a juicio (México, España), o en cualquier momento antes del dictado de la sentencia, ello con la conformidad del demandado, o incluso sin dicha avenencia (Argentina, Colombia, Venezuela) (*renuncia* o *desistimiento*).

Si bien el término "caducidad de proceso" es el que utiliza la legislación procesal mexicana para referirse a estos medios extraordinarios (en contraposición a la sentencia, que es la forma normal u ordinaria) de terminación del proceso, en Suramérica se los agrupa bajo el rubro "formas (o modos) anormales de terminación del proceso", que parece a todas luces más adecuado en virtud de que el vocablo *caducidad* ha adquirido una connotación extintiva, relacionada con la inactividad procesal de las partes, que no se presenta en el allanamiento, la transacción y el desistimiento, los cuales implican, necesariamente, actividad procesal (allanarse, transigir, desistirse), y que de igual forma tienen como consecuencia el fenecimiento del proceso. Es por ello que estimo conveniente la sinonimia entre caducidad o perención del proceso y caducidad o perención de la instancia que se observa, por ejemplo, en la legislación procesal colombiana.

Por su parte, la expresión "formas anormales de terminación del proceso" se identifica, por lo general, con la *inexistencia* o *ausencia de sentencia* que dé por concluido el proceso, lo que no es del todo exacto, puesto que el allana-

miento, por ejemplo, tiene como uno de sus efectos que el órgano jurisdiccional dicte sentencia condenatoria, por haberse allanado el demandado a las pretensiones del demandante; no obstante ello, se le considera como una forma anormal o extraordinaria de terminación del proceso debido a que la sentencia sobreviene antes de que se hayan agotado las fases procedimentales necesarias —en el transcurso normal de un proceso— para arribar a la misma.

La perención del proceso, cualquiera que sea la causa que la motive —excepción hecha de la caducidad de la instancia, que puede operar de pleno derecho— deberá ser decretada, a petición de parte o de oficio, por el órgano jurisdiccional ante el que se sustancia el procedimiento.

Por lo que respecta a sus *efectos*:

a) La *renuncia* o *desistimiento* extingue el proceso (en caso de "desistimiento del proceso" propiamente dicho) o el derecho respecto del cual dio inicio la causa (en caso de "desistimiento del derecho"). En la primera hipótesis podrá iniciarse un nuevo procedimiento sobre el mismo objeto, puesto que el derecho que suscitó la instancia en la que se produce el desistimiento queda a salvo, aun cuando legalmente se exija el transcurso de cierto tiempo antes de que el demandante pueda accionarlo de nuevo. Por el contrario, en el caso de la segunda hipótesis no podría incoarse un nuevo proceso, por considerarse extinguido el derecho en el que se fundó la instancia que se desiste. También se le ha reconocido expresamente el efecto de anular todos los actos procesales verificados luego de la presentación de la demanda, así como sus consecuencias.

En los procedimientos constitucionales, por su parte, el desistimiento en tratándose de controversias constitucionales será improcedente cuando la demanda se haya presentado en contra de normas generales.

b) En relación con la *transacción*, el *convenio* o la *conciliación*, el acuerdo en el que conste deberá ser homologado por el órgano jurisdiccional, caso en el que se le equiparará a una sentencia, pondrá fin al proceso y adquirirá entre las partes calidad de cosa juzgada.

c) El *allanamiento* del demandado a las pretensiones del demandante, ya sea total o parcial (esto es, si comprende todas o sólo algunas de las pretensiones), podrá efectuarse en cualquier estado de la causa, hasta antes del dictado de la sentencia. En tratándose del allanamiento total, el juez dictará sentencia conforme a derecho, la cual tendrá como consecuencia la extinción del proceso; en tanto que en el parcial, deberá disponerse la continuación del proceso sólo en relación con las pretensiones no contempladas en el mismo.

d) Por lo que hace a la caducidad de la instancia, la tendencia actual se orienta hacia su eliminación en los juicios o procedimientos constitucionales. Así, por ejemplo, en la nueva Ley de Amparo mexicana, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013, se suprimió esta figura procesal como una de las causales de terminación anormal del juicio de amparo, que es, por antonomasia, el mejor y más bello "mecanismo de protección… para salvaguardar los derechos fundamentales" (véase amparo).

Wendy Vanesa Rocha Cacho

Calificación de las elecciones

La *calificación,* desde el punto de vista estrictamente gramatical, se refiere a la acción y efecto de apreciar o determinar las calidades o circunstancias de una persona o cosa.

De acuerdo con la tradición francesa, se ha denominado a la calificación de las elecciones también como *verificación de poderes* o *certificación de actas,* lo que consiste en la facultad de resolver sobre la legalidad y validez de cada una de las etapas de una elección, así como de sus resultados. Como es posible deducir, la calificación de las elecciones presupone la existencia de un régimen político construido sobre el postulado democrático, lo cual, a su vez, implica que la renovación periódica de los integrantes de los poderes públicos será a través de elecciones libres, periódicas y auténticas, mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo o indirecto.

Por tanto, la calificación de las elecciones constituye el acto jurídico a través del cual la autoridad determina si en las etapas de una contienda electoral se respetaron los principios constitucionales y legales que deben imperar en una elección democrática o si, por el contrario, se cometieron irregularidades que afectaron los bienes jurídicos y valores que las rigen, mismas que en caso de resultar determinantes afectan su validez.

Cualquier elección dentro de un Estado constitucional de derecho debe efectuarse siguiendo diferentes principios y reglas. Pronunciarse en torno a ellos implica analizar y declarar si los actos que en su conjunto rodearon a la elección y sus resultados, se ajustaron a aquéllos. Dentro de los requisitos más comunes que deben respetarse se encuentran: los de elecciones libres, auténticas y periódicas; el sufragio universal y secreto; la equidad en la contienda, entre otros.

Tales directrices son el mínimo de condiciones que deben imperar en una elección que tiende a cumplir con el principio fundamental de que los poderes públicos se renueven a través del sufragio universal y libre, en donde la legitimidad de los que integran los poderes públicos derive de la propia voluntad ciudadana expresada en las urnas. Una contienda sin estas condiciones genera que se pongan en duda la credibilidad y la legitimidad de los comicios, de suerte que los resultados alcanzados no puedan considerarse aptos para renovar los cargos de elección popular.

Tales condiciones de validez se desprenden de los arts. 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; XX y XXXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 3o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuando esencialmente coinciden en señalar que los ciudadanos deben gozar de los derechos de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos, de votar y ser elegidos en elecciones periódicas y auténticas, realizadas por sufragio universal y secreto, y de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país, especialmente en los cuerpos legislativos.

La *calificación de las elecciones* tiene que ver, precisamente, con la facultad de constatar que tales procedimientos se ajustan a las condiciones y requisitos

para los cuales fueron creados según las convicciones que nutren a un régimen democrático, como son, entre otras, que las elecciones sean libres y competitivas, así como que la representación política se configura a partir de que los electos pueden ocupar esos cargos, así como que cuentan, efectiva, válida y legítimamente, con el respaldo mayoritario en una contienda electoral equitativa. Esto es, en donde las distintas opciones políticas tienen, sin simulaciones, una verdadera posibilidad de acceder al poder público.

I. Sistemas de calificación de las elecciones. Pueden distinguirse sistemas de autocalificación, heterocalificación, mixto y jurisdiccional.

La autocalificación se confiere esencialmente a los colegios electorales de los órganos legislativos para calificar la elección de sus integrantes con plena autonomía de los otros poderes públicos, pues se construye sobre los principios de autonomía y separación de poderes, siendo su nota esencial que se trata de un proceso político y no jurídico.

Con relación a la heterocalificación, dicha facultad se deposita en un órgano ajeno al poder público correspondiente, que puede ser un órgano de carácter administrativo-electoral o un tribunal.

Respecto al sistema mixto, combina el ejercicio consecutivo de esa función, ya que la resolución de un tribunal sobre la calificación de una elección podría ser modificada posteriormente por el respectivo órgano legislativo, con lo cual se advierte el predominio del órgano político sobre la decisión jurisdiccional.

Por su parte, el sistema jurisdiccional se construye sobre la supremacía de los principios de constitucionalidad y legalidad, de suerte que todos los actos y resoluciones de las autoridades electorales pueden ser impugnados, incluyendo, desde luego, los relativos a la *calificación de las elecciones*.

Otro modo de clasificar los sistemas de calificación de las elecciones, que tiene evidentes puntos de contacto con la anteriormente explicada, identifica la de carácter no contencioso. Es decir, que puede ejercerse de oficio por la autoridad competente sin que medie juicio o recurso alguno, y la de carácter contencioso, que implica la existencia de una resolución que recae ante la presentación de un medio de impugnación por presuntas irregularidades en la elección respectiva.

La calificación contenciosa puede, a su vez, dividirse en contenciosa política y contenciosa jurisdiccional.

Contenciosa política, de manera similar a la autocalificación, se edifica a partir del principio de "división de poderes", manteniendo la independencia y autonomía de cada poder público frente a los otros. Busca evitar que el Judicial, a quien le corresponde resolver los litigios que se le planteen con exclusiva sujeción a la técnica jurídica, se contamine de las luchas político-partidistas. Por consiguiente, en esta modalidad cada poder público conoce de la elección de sus miembros.

La de carácter contencioso jurisdiccional se construye sobre la base de que la acción de juzgar, en este caso, sobre la calificación de las elecciones materialmente tiene una naturaleza jurisdiccional que necesariamente debe corresponder a un órgano de ese tipo. Ello porque, al evitar que el poder respectivo se convierta en juez y parte, es posible garantizar la autenticidad y regularidad de las elecciones y sus resultados. También evita que la mayoría

predeterminada resuelva la calificación de las elecciones, obedeciendo a intereses político-partidistas, subyugando consideraciones de tipo jurídico.

La calificación contenciosa jurisdiccional es factible diferenciarla según el tipo de tribunal en que se deposita, a saber: la jurisdicción ordinaria; la jurisdicción especializada; la jurisdicción constitucional; o una mixta de las anteriores. En este ámbito es posible diferenciar, a su vez, si la materia electoral es atribuida a órganos jurisdiccionales pertenecientes al Poder Judicial o a tribunales autónomos, pues este último diseño institucional pretende salvaguardar al Poder Judicial de las presiones partidistas.

II. Breve panorama de los sistemas de calificación en América, Europa y Oceanía. Una revisión comparada permite advertir el siguiente panorama:

Alemania encarga esa función en la *Bundestag* (Cámara del Parlamento). España la deposita en las juntas electorales. Francia encomienda esa función a su Consejo Constitucional. Italia hace recaer esa facultad en las respectivas cámaras legislativas. Reino Unido la deposita en una comisión cuyos miembros son designados por la reina.

Argentina encomienda la calificación de la elección del Ejecutivo en una Junta Nacional Electoral, mientras que lo relativo a las elecciones de legisladores corresponde a las cámaras legislativas federales. Brasil y Ecuador tienen un sistema de calificación inicialmente depositado en la autoridad que organiza las elecciones, cuya decisión puede ser revisada por un tribunal en la materia. Chile y Uruguay depositan la facultad de calificar las elecciones directamente en un órgano jurisdiccional. Colombia y Venezuela la hacen recaer en un órgano cuya naturaleza no es esencialmente jurisdiccional. Costa Rica encomienda la organización y calificación de sus elecciones al Tribunal Supremo de Elecciones. Estados Unidos presenta un sistema mixto de calificación político-jurisdiccional de las elecciones federales para la integración de las cámaras de Representantes y de Senadores, así como para los cargos de presidente y vicepresidente. Cada una de las cámaras (de Representantes y de Senadores) será el juez de las elecciones, designaciones y calificaciones de sus miembros.

Un caso extraordinario es Australia, cuyo Poder Ejecutivo es encabezado por el Reino Unido, quien designa a un gobernador general para que la represente en las tareas de gobierno, mientras que las elecciones son supervisadas por un órgano de carácter administrativo.

Finalmente, México presenta un sistema de calificación que puede ser calificado *sui generis* respecto de su elección presidencial. Ésta se deposita directamente en la máxima autoridad jurisdiccional electoral del país, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Dicho Tribunal primero resuelve las impugnaciones enderezadas contra la referida elección que es organizada por el Instituto Federal Electoral. Posteriormente, ese órgano judicial realiza el cómputo final de la elección. A continuación, y en su caso, emite la declaración de validez de la elección (si se cumplen las formalidades del proceso comicial), y de ser procedente, y para terminar, emite la declaración de presidente electo (una vez analizado si el candidato que obtuvo el mayor número de votos es elegible).

María del Carmen Alanis Figueroa

Cámara de Diputados

Órgano político colegiado integrante del Poder Legislativo, el cual tiene como función principal iniciar, discutir y aprobar las normas jurídicas de aplicación general, impersonal y abstracta.

En México, la Constitución federal (artículo 50) dispone que el Poder Legislativo se depositará en el Congreso de la Unión, el cual será de organización bicameral: Cámara de Senadores y Cámara de Diputados. El sistema bicameral vigente en México fue inspirado del establecido en Estados Unidos de América, que a su vez tuvo inspiración del Parlamento inglés, donde existía la Cámara de los Comunes, representante de la burguesía, y la Cámara de los Lores, que representaba a la nobleza y a los grandes propietarios. De manera distinta, en Estados Unidos de América el Poder Legislativo se dividió en la Cámara de Representantes, como ente representante de la población, y el Senado, que se estableció como representante de las entidades federativas.

En nuestro país, la Constitución Política Federal de 1824, las Siete Leyes Constitucionales de 1836, las Bases Orgánicas de 1843 (en las Siete Leyes y en las Bases Orgánicas, el Senado no estuvo integrado por representante de las entidades federativas, sino de miembros provenientes o designados por la Cámara de Diputados, por designación del presidente de la República y de la Suprema Corte de Justicia, así como de integrantes que hubieran sobresalido en el campo civil, castrense o eclesiástico, entre otros), y el Acta de Reformas de 1847 (que reinstauró la Constitución de 1824 con algunas modificaciones) establecieron un sistema bicameral; sin embargo, la Constitución mexicana de 1857 suprimió al Senado y dejó al Poder Legislativo únicamente integrado por la Cámara de Diputados.

Conforme a los sistemas políticos y las disposiciones constitucionales vigentes, cada Estado elige la forma de integración de la Cámara de Diputados (en la mayoría de los casos son electos vía sufragio directo, universal, secreto y bajo los sistemas de mayoría relativa, representación proporcional o mixto), su organización y funcionamiento interno. Actualmente en México, la Cámara de Diputados está integrada por 500 diputados que son elegidos cada tres años por un sistema mixto; 300 diputados son electos conforme al principio de votación mayoritaria relativa, correspondiente a los 300 distritos electorales uninominales en que se divide el territorio nacional, y 200 diputados que serán electos según el principio de representación proporcional. Los requisitos de elegibilidad son: edad mínima de 21 años; ser ciudadano mexicano por nacimiento y originario de la entidad en que se haga la elección o vecino de él; no estar activo en el ejército federal, policía o gendarmería, ni tener cargo de alto funcionario público en ejercicio; no ser ministro de algún culto religioso o diputado federal propietario o suplente.

Como anteriormente mencionamos, la función principal de la Cámara de Diputados es la legislativa, sin embargo las funciones de la Cámara de Diputados a los largo del tiempo se han ampliado; en México, este órgano legislativo realiza diversas actividades de carácter hacendario, financiero, presupuestal, de fiscalización y tiene intervención en la declaración de procedencia o desafuero de servidores públicos.

El funcionamiento de la Cámara de Diputados en México se realiza por medio de sesiones, las cuales pueden ser: *ordinarias,* celebradas en los días hábiles o feriados de los dos periodos constitucionales (del 1o. de septiembre al 15 de diciembre, salvo el año en que el presidente inicia su encargo, y del 1o. de febrero al 30 de abril), y las sesiones *extraordinarias,* que se celebran fuera de estos periodos y son convocadas por la Comisión Permanente. A su vez, las sesiones son *públicas* en aquellos casos que se permite la asistencia del público; *secretas* cuando sólo intervienen los miembros de la Cámara; *permanentes* las llevadas a cabo por determinación de la Asamblea General, y *prorrogadas* cuando una vez agotado el tiempo de una sesión ordinaria, ésta se extiende por voluntad de la Asamblea.

Respecto a la organización, todas las cámaras de diputados tienen órganos de gobierno, dirección y administración; los órganos de gobierno y dirección son la Asamblea General, la Mesa Directiva, los grupos parlamentarios y aquellos dedicados al trabajo de dictamen legislativo, denominados comisiones o comités, integrados por las diferentes corrientes políticas; los órganos de administración son aquellos que realizan funciones internas de control, gestión y comunicación como la Contraloría General, los comités de administración, Oficialía Mayor, Tesorería, Archivo y Biblioteca, entre otras unidades administrativas establecidas en la legislación de cada nación.

Es importante señalar que en México la Cámara de Diputados cuenta con autonomía reglamentaria, es decir, tiene la facultad de expedir las reglas que regula su estructura y funcionamiento interno.

Teresa Paulina Díaz García

Cámara de Senadores

Para poder hablar de la Cámara de Senadores es necesario entender la concepción básica de diversas cuestiones, como lo es el Parlamento (funciones, integración y atribuciones), desde un punto de vista y concepción general.

En este sentido, el Parlamento es un vocablo establecido comúnmente como un sinónimo de Poder Legislativo; según lo manifestado por Francisco Berlín Valenzuela, Parlamento es un órgano político colegiado de carácter representativo, en el que recaen las funciones más elevadas de la dirección de un Estado-nación, quien además de las funciones para crear leyes que regulen el desarrollo normal del Estado, efectúa acciones para controlar actos de los gobernados.

El Parlamento tiene y ha tenido a lo largo de su reconocimiento dentro de variadas culturas y Estados-nación, diversas funciones, entre las cuales encontramos a algunas de las más importantes, como son: *a)* función *representativa*, pues se erige como un representante de las necesidades del pueblo; *b)* función *deliberativa*, a partir de la función representativa se reflexiona y piensa respecto de los instrumentos más idóneos para hacer valer la voz y representación que se tiene del común popular; *c)* función *financiera*, pues comúnmente se le encomienda al Parlamento aspectos relacionados con la hacienda pública y la economía propia de un Estado-nación; *d)* función *legislativa*, esta atribución se desprende de la voluntad soberana del pueblo que se manifiesta

en una función representativa, misma que a su vez pasa a ser deliberativa, para finalmente establecer una normatividad que refleje las necesidades de los gobernados y las formas comúnmente aceptadas para el desarrollo de la convivencia armónica entre las personas, y *e)* función *de control*, a través del establecimiento de acciones de gobierno que permitan generar los mecanismos adecuados para el desarrollo común de las actividades del Estado-nación y de los ciudadanos, etcétera.

En relación con lo inmediatamente señalado, el Parlamento en lo general, para una adecuada representación de los intereses del pueblo y del Estado-nación, se puede dividir para su funcionamiento en estructuras unicamerales (son aquellos regímenes políticos que cuentan con un sistema de sólo una cámara de representación de los intereses del pueblo y del Estado, para su debido funcionamiento) y en bicamerales (son aquellos regímenes políticos que cuentan con un sistema de dos cámaras de representación popular y estatal, para su debido funcionamiento).

Los antecedentes del Senado como un órgano del Estado mexicano se pueden referenciar desde la Constitución Española de Cádiz, misma que rigió, durante algún periodo, al territorio de la Nueva España, estableciéndose en ella la idea de un cuerpo legislativo integrado por dos cámaras, en donde una haría las veces y se conduciría como la cámara alta, en términos semejantes al del modelo británico. Fray Servando Teresa de Mier puntualizó la importancia de un Senado, siendo Miguel Ramos Arizpe quien luchó y reconoció un órgano legislativo bicameral a través de la formulación del proyecto del Acta Constitutiva de la Federación, la cual establecía las bases a las que debía sujetarse el Congreso para redactar la Constitución. En este sentido, la Constitución mexicana de 1824 estableció una división y separación de los poderes públicos, previéndose la idea de un Poder Judicial, pero sobre todo Legislativo, que fuera fuerte y autónomo.

Por su parte, la Constitución mexicana de 1857 suprimió al Senado y dejó al Poder Legislativo integrado de forma unicameral. Es de señalar que en el tiempo que fue presidente Benito Juárez García, propuso al Congreso (Poder Legislativo unicameral en el Estado mexicano) la inclusión de nueva cuenta del Senado para propiciar un equilibrio adecuado del poder en un sistema federalista, planteamiento que no prosperó. No fue sino hasta el 13 de noviembre de 1874 cuando se restauró en México al Senado de la República, iniciando sus trabajos a partir de la apertura del Congreso Federal el 16 de septiembre de 1875. En este sentido, también en México, fue a partir de la conformación del Congreso Constituyente de 1917 cuando se reafirmó la necesidad de contar con un Poder Legislativo bicameral, y con ello se validó plenamente la existencia del Senado de la República.

El Poder Legislativo en el Estado mexicano se establece en un Congreso general, mismo que se divide de forma bicameral, una de Diputados (cámara baja), con un total de 500 miembros, y otra de Senadores (cámara alta), con un total de 128 miembros. En ambas cámaras se analizan, discuten y aprueban las normas que constituyen el sistema normativo-jurídico de la nación.

La forma de elección del Senado en el Estado mexicano se prevé dentro del contenido de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,

en su numeral 56, mismo que establece que se compondrá por un total de 128 senadores, de los cuales: *a)* 64 se eligen por el principio de votación mayoritaria relativa; *b)* 32 senadores se asignan por primera minoría, uno para cada uno de los estados, y *c)* 32 se asignan por el principio de representación proporcional. La duración en el cargo de senador es de 6 años. El lapso de tres años de funciones de las y los legisladores federales en el Estado mexicano (senadores y diputados) constituye una legislatura; para ello, el cómputo de un año legislativo se determina, comúnmente, desde el 1o. de septiembre del año respectivo al 31 de agosto del siguiente año calendarizado. Además, para poder ser electo senador, deben cubrirse de diversos requisitos, mismos que se encuentran contenidos en el numeral 58 de la Constitución mexicana.

En México, la Cámara de Senadores, o también denominado Senado de la República, tal y como ya se mencionó, se integra por 128 miembros elegidos de forma democrática, los cuales esencialmente ejecutan sus funciones con base en las necesidades que tiene el Estado en su conjunto, debido a que su representación es básicamente territorial, a *contrario sensu* de la Cámara de Diputados, la cual ejerce sus atribuciones con base en los intereses y necesidades de la representación soberana del pueblo.

César Bernal Franco

Cambio climático (marco jurídico internacional)

La expresión cambio climático se utiliza comúnmente para describir dos fenómenos en el clima del planeta Tierra. Primero los cambios climáticos naturales, que pueden ser cortos o no muy cortos (entre estaciones, ciclos regulares anuales, algunas décadas, unos cuantos cientos de años), o los muy largos (fases glaciales e interglaciales). Segundo, el cambio climático inducido por los seres humanos como resultado de las crecientes concentraciones de gases de efecto invernadero que alteran la composición natural de la atmósfera, provocando una variación en el clima, y que abarca de los últimos 150 a 100 años hasta los próximos 50 a 100 años o más. Este segundo fenómeno es el que ha llamado la atención de la comunidad internacional que ha derivado en la creación de un régimen jurídico climático.

Aunque se atribuye al sueco Svante Arrhenius haber publicitado en 1896 que los gases de efecto invernadero producidos por los seres humanos tendrían una repercusión en el calentamiento del clima (lo que él asumía favorable), fue hasta la década de los setenta del siglo pasado que el cambio climático formó parte de las discusiones ambientales entre las naciones. A partir de la celebración de la Primera Conferencia Mundial sobre el Clima en Ginebra, Suiza, en 1979, ha prosperado un marco jurídico internacional conformado por normas e instrumentos vinculantes (derecho duro o *hard law*) y no vinculantes (derecho suave o *soft law*).

El primer tratado de importancia global (vinculante pero con alto contenido *soft*) fue adoptado en mayo de 1992; se abrió a la firma en junio del mismo año en la Cumbre de la Tierra (Río de Janeiro, Brasil) y entró en vigor en marzo de 1994. Se trata de la Convención Marco de las Naciones Unidas

sobre el Cambio Climático (en adelante, la Convención), cuyo objetivo último es el de lograr "la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático. Ese nivel debería lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible".

La Convención inserta en su texto principios fundamentales del derecho internacional ambiental (*e.g.* el de responsabilidades comunes pero diferenciadas, el de precaución, el de desarrollo sustentable, etcétera) y establece dos tipos de compromisos para las partes contratantes. Primero, los compromisos genéricos, que aplican a todas las partes pero que son mínimos, y que bien podrían caracterizarse como disposiciones *soft law* por su contenido político, programático y de cooperación. Segundo, los específicos, que aplican, por un lado, a las partes enumeradas en el Anexo I de la Convención que son tanto los países desarrollados como los que están en proceso de transición a una economía de mercado y, por el otro, a los países desarrollados y a los países que figuran en el Anexo II.

La Convención establece la Conferencia de las Partes (en adelante, COP), que en su calidad de órgano supremo examina la implementación de la Convención y de cualquier otro instrumento jurídico conexo adoptado por la propia COP, y toma las decisiones necesarias relativas a su aplicación eficaz. Siguiendo lo establecido por la Convención, el Mandato de Berlín de 1995 (COP-1) y la Declaración Ministerial de Ginebra de 1996 (COP-2), se adoptó en Japón, en diciembre de 1997 (COP-3), el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (en adelante, PK). El PK, que precisa y desarrolla las disposiciones de la Convención y lo establecido en las COPs anteriores, entró en vigor en febrero de 2005 y es el segundo tratado multilateral de importancia global en materia climática.

Destacan dos cuestiones jurídicas en el PK. Primero, se establecen compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones de los gases de efecto invernadero enumerados en el Anexo A (emisiones agregadas expresadas en bióxido de carbono). Lo anterior para los países desarrollados, la entonces Comunidad Europea y sus miembros, y los de economías en transición según el listado del Anexo B del propio PK. El fin de estos compromisos, vinculantes, es el de reducir individual o conjuntamente el total de las emisiones por lo menos en un 5% para un primer periodo que abarca de 2008 a 2012, tomando como referencia los niveles de emisión de 1990. Algunos países pueden aumentar sus emisiones, otros quedarse en el nivel establecido, y otros reducirlas.

Segundo, se determinan tres mecanismos flexibles para lograr el cumplimiento de los compromisos asumidos: *a*) proyectos de aplicación conjunta (*joint implementation*); *b*) mecanismos para un desarrollo limpio (*clean development mechanism*), y *c*) comercio de los derechos de emisión (*emissions trading*). Con estos mecanismos se ha creado un marco jurídico de aplicación regional y bilateral en el que pueden participar las partes incluidas o no —según sea el caso— en el Anexo I de la Convención. Por ejemplo, en el caso del comercio

de derechos de emisión destaca a nivel regional la expedición de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que se aprobó en octubre de 2003 y entró en vigor en ese mismo mes y año. En el mecanismo para un desarrollo limpio, cuyo número de instrumentos bilaterales es muy amplio e incluye tanto tratados internacionales como tratados en forma simplificada, se puede hablar del acuerdo celebrado entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de la República Francesa (junio de 2005). Para el de aplicación conjunta, un buen ejemplo es el proyecto de protección forestal y de especies en peligro de extinción *Bikin Tiger Carbon Project* (enero de 2013), ubicado en Primorsky Krai, al sureste de Rusia.

En 2007, en Bali, Indonesia (COP-13), se acordó iniciar las negociaciones y una ruta crítica para un segundo periodo de cumplimiento. Se tendría un documento final en 2009 en Copenhague, Dinamarca (COP-15), pero ni en ésta ni en la siguiente conferencia donde también se tenía cierta expectativa en este sentido, *i.e.* la de Cancún, México (COP-16), se logró adoptar un régimen climático vinculante para después de 2012. No obstante, y tras la celebración de las conferencias siguientes, en Durbán, Sudáfrica, en 2011 (COP-17), y en Doha, Qatar, en 2012 (COP-18), la comunidad internacional ha logrado ciertos acuerdos importantes. Entre ellos: *a*) el compromiso de las partes para mantener el aumento de la temperatura media mundial respecto a niveles preindustriales por debajo de 2º C; *b*) la creación y funcionamiento del Fondo Verde para el Clima; *c*) alcanzar el objetivo conjunto de los $100,000 millones de dólares de los Estados Unidos de América anuales para el 2020 de las partes que son países desarrollados; *d*) la extensión por 8 años más (a partir de enero de 2013) del régimen vinculante existente para un segundo periodo de cumplimiento, y *e*) la adopción de un nuevo acuerdo climático universal *hard* para 2015, con aplicación (entrada en vigor) en 2020.

César Nava Escudero

Capacidad procesal

En virtud de que existe la fuerte tendencia por parte de un sector cada vez más numeroso de la doctrina contemporánea, esencialmente latinoamericano, que considera que la naturaleza del derecho procesal constitucional se debe entender a partir de la teoría general del proceso, entonces con base en su estudio es que se debe realizar el esfuerzo por tener la cabal comprensión de las categorías como la que nos ocupa, "capacidad procesal", que es empleada en los procesos constitucionales y que utiliza la disciplina que se encarga de su estudio, en donde, obviamente, es necesario tener en cuenta sus peculiaridades e incluso crear categorías nuevas por su calidad de autónoma.

En efecto, un antecedente valioso para comprender los conceptos que se utilizan en el derecho procesal constitucional nos lo proporciona el derecho procesal civil, en donde existen abundantes estudios sobre la capacidad procesal, así como de otras categorías que se relacionan íntimamente con ella, tales como capacidad para ser parte, o bien el de legitimación, aunque debemos estar conscientes de las características propias de la materia que abordamos y los efectos que tenga en la práctica.

En el entendimiento de la capacidad procesal hay coincidencia en la doctrina de que se trata de un presupuesto procesal, es decir, supuestos previos al juicio, sin los cuales no puede pensarse en él (Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*). También debemos tener en cuenta que esta rama del derecho se basa en categorías empleadas por el derecho civil, de ahí que hay quienes consideran que es reflejo del mismo, concretamente nos referimos a la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, por ello Guasp estima que la locución que estudiamos consiste en: "la capacidad para poder realizar con eficacia actos procesales de parte. Igual que la capacidad para ser parte era el paralelo de la simple capacidad jurídica, la capacidad procesal es el paralelo, aunque tampoco idéntica, a la capacidad para obrar en el derecho civil" (Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*).

Ahora bien, aludimos *supra* al término "legitimación", que es también esencial para comprender a cabalidad al derecho procesal constitucional, y lo traemos a colación, ya que un gran sector de la doctrina lo asemeja y otros lo identifican con la llamada legitimación *ad causam*, lo cual conviene detenerse a explicar.

Doctrinal y jurisprudencialmente se ha diferenciado entre *legitimatio ad processum* y *legitimatio ad causam*; a la primera se le ha asignado el significado de ser la capacidad para comparecer a juicio, en tanto que a la segunda como una condición para obtener sentencia favorable. Entonces, hay quienes identifican la *legitimatio ad processum* con la capacidad procesal y la definen como "la aptitud para comparecer a juicio". Por tanto, una corriente distingue entre los dos tipos de legitimación, mientras que otra se inclina por nombrar las categorías procesales como capacidad procesal y legitimación, de ahí que al referirse a la legitimación procesal, Guasp afirme que sea: "la consideración especial en que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas, que se hallan en una determinación relacional con el objeto del litigio y, en virtud de la cual exige, para que la protección procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como parte en tal proceso" (p. 185).

El empleo de estas categorías en el derecho procesal constitucional es esencial para comprender las diferentes etapas por las que transitan los procesos constitucionales; sin embargo, debemos tomar en cuenta el modelo de control de la constitucionalidad de que se trate y los medios a los que en concreto nos refiramos para identificar cuál es su aplicación práctica. Así pues, si hacemos equivalente la capacidad procesal con la legitimatio ad processum, es necesario reconocer en el texto constitucional los entes legitimados que están en aptitud para comparecer a juicio y a través de quiénes actúan en el proceso, ya que en este tipo de legitimación los presupuestos procesales se refieren, precisamente, a la capacidad procesal y a la representación como condiciones a acreditar para comparecer a juicio (Gozaíní Osvaldo, Alfredo, *Los problemas de legitimación en los procesos constitucionales*).

En el modelo de control difuso quienes realizan la función de control de constitucionalidad son todos los órganos judiciales, lo ejercitan incidentalmente y con ocasión de la decisión de las causas de su competencia (Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. Estudios de derecho comparado*). Entonces supongamos que hay una controversia jurídica ante un juez ordinario y una

de las partes considera que una norma viola uno de sus derechos humanos reconocidos por la Constitución, quien puede hacer la petición que no se aplique es aquel que tiene un derecho propio (también de oficio el juez puede desaplicarla por considerar que es contraria a la Constitución).

En el modelo de control concentrado, "la legitimación está subordinada a la cuestión que atiende" (Gozaíní, p. 113); por ejemplo, si se trata de una acción abstracta de inconstitucionalidad, los legitimados serán aquellos órganos que actúen como "defensores abstractos de la Constitución" (García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*), señalados por el texto constitucional. Este instrumento de control de constitucionalidad es utilizado por las minorías legislativas en determinado número o porcentaje; además de ellas, en cada sistema en particular se agrega a otros sujetos legitimados para promover la demanda respectiva, por ejemplo, en España, el presidente del gobierno, el Defensor del Pueblo, los órganos colegiados ejecutivos y las asambleas de las comunidades autónomas; en México, en la acción de inconstitucionalidad, el procurador general de la República, los partidos políticos y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos; en Perú, en el proceso de inconstitucionalidad, el presidente de la República, el fiscal de la nación, el Defensor del Pueblo, los ciudadanos en número de cinco mil, los presidentes de región y los colegios profesionales. En los conflictos de competencia entre los órganos del poder público, pueden comparecer a juicio los entes que especifica la Constitución respectiva, que consideren que se ha invadido su esfera de competencia. Entonces, según sea lo que se atienda en el proceso, ello determinará quiénes tienen la aptitud para comparecer a juicio y qué tan amplia será la lista de ellos; de ahí que Néstor Pedro Sagüés, en su obra de *Derecho procesal constitucional*, clasifique la legitimación en restringida, amplia y amplísima.

En conclusión, al ser la capacidad procesal un presupuesto procesal, se convierte en una llave de acceso a la justicia que es un derecho reconocido por las diversas Constituciones y los instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.1) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.1).

Miguel Ángel Rodríguez Vázquez

Carga procesal

La locución "carga procesal" tiene más de un significado, pues puede referirse al volumen de asuntos que está conociendo un órgano jurisdiccional, pero también es una categoría fundamental para comprender la esencia del proceso, así como la situación que tienen las partes dentro del mismo que es la que aquí se abordará, pero se debe diferenciar de las obligaciones procesales, puesto que en la práctica en ocasiones se confunden, no obstante que su naturaleza jurídica es distinta, tal como lo explica la doctrina y la jurisprudencia.

Dicha expresión se debe al procesalista Goldschmidt, quien concibió al proceso como una situación jurídica en la que hay expectativas, posibilidades y cargas. Para explicar lo anterior utilizó la metáfora de la paz y de la guerra,

en la que, en la primera, la relación del Estado con su territorio y sus súbditos es estática, pero cuando la guerra estalla, "los derechos más intangibles se convierten en expectativas, posibilidades y cargas, y todo derecho puede aniquilarse como consecuencia de haber desaprovechado toda ocasión o descuido de una carga; como al contrario, la guerra puede proporcionar al vencedor el disfrute de un derecho que en realidad no le corresponde..." (Goldschmidt, James, *Principios generales del proceso*).

En tal virtud, dentro del proceso las partes tienen cargas que no constituyen propiamente obligaciones, sino que tienen ciertos imperativos fijados normativamente que en caso de que no se lleven a cabo les ocasionará algún perjuicio, o como diría el jurista antes citado: "son imperativos del propio interés".

Más aún, Couture explica claramente la diferencia entre obligaciones y cargas: "mientras en la obligación el vínculo está impuesto por un interés ajeno (el del acreedor), en la carga el vínculo está impuesto por un interés propio. La oposición entre obligación y carga no reside, pues, en la sujeción de la voluntad, que es un elemento común a ambos fenómenos" (*Fundamentos de derecho procesal civil*); de ahí que cuando se incumpla una obligación se establece a favor del acreedor un derecho, en tanto que si la carga es insatisfecha sólo creará un perjuicio para el deudor.

En la jurisprudencia de las Cortes de diversos países se ha hecho la diferenciación entre deberes, obligaciones y cargas procesales; por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de Colombia fijó criterio en tal sentido y dijo que los deberes son imperativos establecidos por la ley en orden a la adecuada realización del proceso y que se dirigen tanto al juez como a las partes y a los terceros, por tanto, en caso de que sean incumplidos se sancionarán en forma diferente; por lo que respecta a las obligaciones procesales estimó que son aquellas de contenido patrimonial impuestas a las partes con ocasión del proceso, verbigracia, las surgidas de la condena en costas, y en cuanto a las cargas procesales consideró que "son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso" (Sala de Casación Civil, M.P. Horacio Montoya Gil, auto de 17 de septiembre de 1985, que resolvió una reposición, *Gaceta Judicial*, t. CLXXX, No. 2419, Bogotá, 1985, p. 427).

La petición que reiteradamente se presenta ante los órganos de control de constitucionalidad en relación con las cargas procesales es en el sentido de que se declare la inconstitucionalidad de algún artículo de la ley que las fija de tal o cual manera y que tienen que ser cumplidas por las partes durante el proceso, y para ello se argumenta que están en contra de la Constitución por ser desproporcionadas, irrazonables e injustas.

Un ejemplo de lo anterior es la carga de presentar una demanda (hay otras cargas procesales, tales como la de impulso procesal y la de probar), ya que si no se hace dentro del lapso concedido por la norma jurídica se corre el riesgo de que surta efectos la caducidad o prescripción, según sea la regu-

lación de éstas por los legisladores, pues las leyes fijan límites temporales para ejercer acciones. Todo ello en aras de la seguridad jurídica y evitar la indefinición por tiempo indeterminado de los derechos sustanciales que argumenten las partes tener a su favor. Sin embargo, pudiera suceder que el demandante cometa el error de acudir a la jurisdicción que no le corresponde y, por tanto, el juez que conoce del asunto no es el competente para aplicar la ley al caso concreto, lo que pudiera generar que no se interrumpa la prescripción y se haga realidad dicha sanción procesal en contra del actor.

En casos como el antes relatado, los órganos de control de constitucionalidad, para determinar si lo dispuesto en la norma que se impugna carece de razonabilidad y de proporcionalidad, evalúan lo siguiente: "i) si la limitación o definición normativa persigue una finalidad que no se encuentra prohibida por el ordenamiento constitucional; ii) si la definición normativa propuesta es potencialmente adecuada para cumplir el fin estimado, y iii) si hay proporcionalidad en esa relación, esto es, que la restricción no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada con el fin de establecer los alcances de la norma demandada y sus implicaciones constitucionales" (sentencia C-662/04 de la Corte Constitucional de Colombia, Dr. Rodrigo Uprimny Yepes, en la que, a su vez, cita la sentencia C-624 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Cabe aclarar que para el empleo correcto de la categoría procesal que estamos tratando en el derecho procesal constitucional, es necesario tomar en cuenta las peculiaridades propias de esta materia que se ha consolidado como disciplina autónoma, de tal manera que, por ejemplo, en cuanto a la carga de la prueba, hay medios de control de constitucionalidad en los que no se prevé audiencia de desahogo de pruebas, ya que, como lo afirma Rubén Hernández Valle en *La prueba en los procesos constitucionales*, "cuando el objeto del proceso constitucional es verificar la constitucionalidad de una norma… no se requiere la demostración de hechos, pues en este caso basta con la confrontación de la norma impugnada con el parámetro de constitucionalidad": incluso hay sistemas como el peruano en el que la regla general, salvo excepciones, es la ausencia de etapa probatoria, lo cual "no impide la realización de las actuaciones probatorias que el juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso…" (art. 9o. del Código Procesal Constitucional de Perú). Lo cierto es que el juez constitucional juega un papel más activo en la adquisición de datos para resolver el asunto sometido a su conocimiento, y así tenemos que en ciertos procesos se nutre de información a través de los informes que solicita e incluso puede ordenar se desahoguen algunos medios probatorios que considere oportunos, según lo permita la naturaleza del medio de control de constitucionalidad.

Miguel Ángel Rodríguez Vázquez

Carrera judicial

La *carrera judicial* es la institucionalización de la selección y designación de los jueces y magistrados, así como del ascenso de los servidores públicos en los cargos vinculados a las labores jurisdiccionales, dentro de los poderes judiciales.

Tiene por objeto que se lleve a cabo adecuadamente la formación y capacitación de estos servidores públicos, a fin de que los mejor preparados puedan ascender a través de las distintas categorías que la conforman, hasta acceder a los cargos de juez o magistrado.

La incorporación de la carrera judicial en el sistema jurídico implica el reconocimiento y la salvaguarda de diversas garantías, dentro de las que se destacan:

a) *Objetividad en la selección y designación de jueces y magistrados*. Los aspirantes a cargos jurisdiccionales se tienen que encontrar en igualdad de condiciones de participar y demostrar su aptitud para acceder a los mismos, lo cual se alcanza con la implementación de concursos de oposición. En diversos sistemas jurídicos también se llevan a cabo cursos que se deben realizar ya sea de forma previa o bien de manera posterior a los concursos correspondientes, los cuales incluso pueden ser vinculantes para el acceso al cargo de juzgador, y tienen como objeto que los aspirantes perfeccionen sus conocimientos en diversas ramas vinculadas a la labor jurisdiccional.

b) *Acceso a la capacitación*. Dentro de la carrera judicial es necesario que existan programas de capacitación con el fin de que los integrantes de la misma fortalezcan sus conocimientos. Para llevar a cabo lo anterior, las escuelas judiciales cobran especial importancia, pues son órganos especializados en formación y actualización sobre temas jurisdiccionales, a través de cursos confeccionados con base en las necesidades de la impartición de justicia.

c) *Remuneración fija.* Una vez que los servidores públicos, y en particular los juzgadores, dejan de preocuparse de sus necesidades básicas, así como de las de su familia, se encuentran en un estado óptimo para desempeñar sus funciones; en esa medida se requiere que cuenten con una remuneración fija y suficiente a fin de que otros factores no distraigan su atención.

d) *Permanencia y ratificación en el cargo.* La permanencia y, en caso de que se encuentre prevista, la ratificación en el cargo de los juzgadores deben sustentarse en parámetros objetivos.

Aunado a lo anterior, la carrera judicial encuentra soporte en los principios que orientan la labor de los juzgadores; en el supuesto del sistema jurídico mexicano se reconocen a nivel constitucional los relativos a la independencia, imparcialidad, objetividad, profesionalismo y excelencia, los cuales se desarrollan en el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, y de los que a continuación se refiere su contenido.

e) *Independencia.* Es la actitud del juzgador frente a influencias extrañas al derecho, lo que implica que debe juzgar a partir del derecho, y no de presiones o intereses extraños.

f) *Imparcialidad.* Consiste en juzgar con ausencia absoluta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguno de los justiciables.

g) *Objetividad.* Consiste en que el juez emita sus fallos por las razones que el derecho le suministra, y no por las que se deriven de su modo personal de pensar o de sentir.

h) *Profesionalismo.* Es la disposición para ejercer de manera responsable y seria la función jurisdiccional, con relevante capacidad y aplicación.

i) *Excelencia.* El juzgador se perfecciona cada día para desarrollar las siguientes virtudes judiciales: humanismo, justicia, prudencia, responsabilidad, fortaleza, patriotismo, compromiso social, lealtad, orden, respeto, decoro, laboriosidad, perseverancia, humildad, sencillez, sobriedad y honestidad.

La carrera judicial implica la necesidad de que se defina el perfil que se requiere de los juzgadores, para lo cual los principios que la conforman proporcionan esta guía, y con base en esta definición se deben realizar tanto los concursos de oposición para acceder a los cargos de juez o magistrado, como la capacitación de los servidores públicos, a fin de que los poderes judiciales respondan a los requerimientos de la impartición de justicia.

Lo anterior es así, pues los órganos jurisdiccionales deben estar integrados por juristas con los conocimientos, experiencia y aptitudes que les permitan desempeñar de la mejor forma el cargo de juzgador, pues en última instancia sus determinaciones repercuten en valores tales como la libertad, la propiedad, la familia, e incluso en la vida de los justiciables.

Luis Fernando Angulo Jacobo

Casilla electoral

Es el lugar donde los ciudadanos acuden a votar; lo anterior implica el espacio físico en el cual se instala la mesa directiva de casilla con sus respectivos funcionarios de casilla, ahí los funcionarios reciben y cuentan los votos de los ciudadanos, pero también comprende al espacio en donde se encuentra la mampara o compartimento diseñado para ejercer el voto de manera libre y secreta, así como la urna para que los ciudadanos depositen el voto.

De ahí que se pueda decir que se trata del recinto o lugar que se utiliza por las autoridades electorales que tienen la potestad que legalmente les es conferida para recibir y escrutar los votos de los electores, y que frecuentemente es conocido como mesa electoral, a efecto de asegurar la libertad y el secreto en el acto de la emisión del derecho al sufragio.

Este receptor de la voluntad ciudadana es el elemento físico a través del cual se materializa el inicio de la votación y recepción de votos; es un componente indispensable del día de la jornada electoral, porque a ese espacio físico es al que acuden los ciudadanos, dependiendo de la ubicación geográfica, sección o distrito al que se encuentra inscrito un ciudadano, para acudir ante este centro de recepción de votación.

Puede ser identificada también como mesa electoral; en algunos países latinoamericanos se entiende por casilla electoral el compartimento o cuarto del centro de votación en el que el elector cuenta con las condiciones para ejercer en secreto y libertad su sufragio. En México este compartimento está construido con mamparas. Por lo que resulta importante acotar el concepto de casilla no sólo como aquel material electoral diseñado ya sea en forma de mampara o cancel electoral portátil, toda vez que para efectos jurídicos y en especial para los efectos de nulidad de votación recibida en una casilla, de las establecidas en el art. 75 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, una de las causales puede ser la instalación de casilla sin causa justificada en lugar distinto al señalado, por lo que el concepto no pue-

de restringirse al compartimiento. Hay legislaciones que permiten la emisión del sufragio a distancia, ya sea por urna electrónica, boleta electrónica o por Internet, de ahí que la casilla electoral no es en sí misma la caseta, el cubículo o mampara.

En nuestro país se ha clasificado a las casillas electorales de la forma siguiente: *a)* básica: se instala en cada sección para recibir la votación de los electores de hasta 750 votantes, cuyo orden es alfabético; *b)* contigua: se instala junto a la básica cuando la sección es mayor de 750 votantes y se instalan tantas casillas como resulte de dividir el número de ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores entre 750; *c)* extraordinaria: se instala cuando las condiciones geográficas de una sección hacen difícil que todos los votantes que habitan en ella puedan llegar a un mismo sitio. Se puede acordar su instalación en lugares de fácil acceso para que atiendan a quienes viven cerca, y éstas a su vez pueden tener casillas continuas, y *d)* especiales: se instalan para recibir los votos de los electores que temporal y transitoriamente se encuentren fuera de la sección electoral que corresponde a su domicilio.

Asimismo, una de las clasificaciones más importantes se ha dado en tres distintas categorías: urbanas, rurales y mixtas (o de transición rural-urbana). Tal clasificación persigue fines operativos y logísticos, y la instalación de las casillas se basaba en el criterio de concentración de población, lo cual obedece al análisis de las condiciones locales, la infraestructura y los tiempos de traslado hacia las oficinas electorales, entre otros factores. En secciones electorales mixtas, algunas casillas pueden ser clasificadas como urbanas y otras como no urbanas, de acuerdo con las condiciones del lugar en el que se propone instalar la casilla.

Uno de los instrumentos indispensables para la ubicación de casillas es la división geo-referencial o cartografía distrital. Su revisión es necesaria para dimensionar el tamaño de la sección electoral, los límites con otras secciones, los puntos de referencia y el trazado de calles y avenidas en ésta. Adicionalmente, permite diseñar rutas para recorrer las casillas durante la jornada electoral. El número y la ubicación de las casillas electorales es decidido por ley conforme a la densidad poblacional y las condiciones y necesidades locales, con el fin de acercar las casillas a los electores y que todos los ciudadanos inscritos en la lista nominal puedan efectivamente votar. Los ciudadanos, funcionarios electorales y representantes de todos los partidos políticos participan activamente en la definición de las casillas a instalar.

Prohibiciones dentro y fuera de las casillas electorales: 1) los representantes generales de los partidos políticos podrán permanecer en ellas el tiempo necesario para cumplir con las funciones, pero no podrán interferir en el libre desarrollo de la votación ni tratar de adjudicarse las funciones que les son propias a los integrantes de la mesa directiva, en cuyo caso el presidente de la mesa directiva podrá conminarlos a cumplir con sus funciones y ordenar su retiro cuando éstos dejen de cumplir su función, coaccionen a los electores, o en cualquier forma afecten el desarrollo normal de la votación; 2) en ningún caso se debe permitir el acceso a las casillas a personas que se encuentren privadas de sus facultades mentales, intoxicadas, bajo el influjo de enervantes, ocultas o armadas. Y tampoco tendrán acceso, salvo para ejercer su derecho

de voto, miembros de corporaciones o fuerzas de seguridad pública, dirigentes de partidos políticos, candidatos o representantes populares; 3) no podrá colocarse propaganda electoral ni emblemas partidistas dentro o fuera (en los lugares de acceso) de la casilla electoral, y 4) los ciudadanos que desean sufragar deben permanecer formados afuera de la casilla y solo se permitirá el paso uno a uno de los electores en la medida en que vayan votando y saliendo del lugar; esto es, no deben permanecer dentro del lugar que ocupa la casilla una vez emitido el sufragio. El presidente de la mesa directiva podrá solicitar, en todo tiempo, el auxilio de las fuerzas de seguridad pública a fin de preservar el orden en la casilla y la normalidad de la votación, ordenando el retiro de cualquier persona que indebidamente interfiera o altere el orden.

Por otra parte, algunas leyes y reglamentos electorales en ciertos países han mostrado su preocupación en cuanto al proceso electoral, con un mayor o menor rigor en cuanto a las condiciones que debieran reunir las casillas electorales, entre las que destacan: *a)* que exista un acceso exclusivo y visible desde el lugar en que se encuentran los funcionarios de casilla que recibirán el voto, con la finalidad de que puedan cerciorarse que el sufragante entra solo en ella y sin acompañantes, salvo que se trate de personas con alguna discapacidad que requieran ser auxiliadas; *b)* que haya ausencia de huecos que pudieran quebrantar el objeto de proporcionar un espacio de soledad al votante en donde pueda con libertad absoluta y reserva discrecional seleccionar de entre los candidatos o partidos contendientes señalados en la boleta electoral, para marcar en ella, el de su preferencia, según sea el caso, sufragio que se deposita en la urna; *c)* que se cuente con una puerta o cortinilla, así como con una repisa o mesa que facilite la actuación del elector; *d)* que sea accesible para personas con discapacidad y de la tercera edad, esto es, que no se encuentre instalada en plantas altas de edificios o con entradas que impidan el ingreso de sillas de rueda; *e)* que tenga la infraestructura mínima necesaria para evitar las inclemencias del tiempo que puedan generar su reubicación, y *f)* que se localice en las cercanías de los domicilios de los electores para facilitarles su traslado.

En México, legalmente se ha señalado que las casillas deberán ubicarse en lugares que reúnan las siguientes condiciones: *a)* fácil y libre acceso para los electores; *b)* aseguren la instalación de canceles o elementos modulares que garanticen el secreto en la emisión del voto; *c)* no ser casas habitadas por servidores públicos de confianza, federales, estatales o municipales, ni por candidatos registrados en la elección de que se trate; *d)* no ser establecimientos fabriles, templos o locales destinados al culto, o locales de partidos políticos, y *e)* no ser locales ocupados por cantinas, centros de vicio o similares.

Debe darse publicidad a la lista de los lugares en que habrán de instalarse las casillas, de la integración de las casillas, así como un instructivo para los votantes en los llamados encartes en periódicos de circulación nacional y regional, así como fijarlos en los edificios y lugares públicos más concurridos de cada lugar y en los medios electrónicos de que disponga la autoridad electoral.

Ma. Macarita Elizondo Gasperín

Caso Miguel Vega *vs.* Jurisdicción local

El punto de inflexión del juicio de amparo en su dimensión contemporánea se ubica en el paradigmático caso *Miguel Vega vs. Jurisdicción local*, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos el 20 de julio de 1869, por la mayoría del tribunal pleno, y especialmente a través de la repercusión en la impartición de la justicia a nivel nacional, en específico en temas del control de legalidad, de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, del federalismo judicial y de la definición de dos sectores del propio proceso constitucional de la libertad: 1) el amparo contra leyes, y 2) el amparo contra sentencias o negocios judiciales. El contexto del caso Miguel Vega, juez de Culiacán, en el estado de Sinaloa, refiere a que promovió amparo en contra de la sentencia del Tribunal Superior de ese estado que lo condenó a la suspensión de un año en el ejercicio de su profesión de abogado.

Este asunto tuvo su origen en un proceso ordinario de naturaleza penal: un cargador, José Bañuelos, lesionó al jornalero Benito Pedro en la ciudad de Culiacán. El juez que conoció la causa fue Miguel Vega, quien determinó que el primero había actuado en legítima defensa en el contexto de una riña; en consecuencia, lo sancionó con dos meses y medio de prisión, y transcurrido este plazo tuvo por cumplida la pena.

La anterior decisión se recurrió en apelación, en la cual el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Sinaloa consideró que por haber fallado en contra de ley expresa correspondiente a un Bando del 23 de diciembre de 1775, en la resolución que Miguel Vega emitió el 18 de diciembre de 1868, la sentencia del juez de letras de primera instancia debía estimarse ilegal, de manera que en el fallo del 18 de marzo de 1869, el tribunal de alzada revocó y sancionó al juez de acuerdo con las disposiciones legales que no eran de origen nacional sino español. Sin embargo, Miguel Vega interpuso amparo contra tal fallo, bajo el argumento de que el *ad-quem,* al suspenderlo en el ejercicio de su profesión, se había excedido en las facultades que le otorgaban los arts. 7o. y 8o. del Decreto de las Cortes de Cádiz de 1831, vigente en el estado de Sinaloa, México.

El juez de distrito al que le correspondió conocer del asunto desechó la demanda de amparo porque consideró que éste era improcedente debido a que se impugnaba una sentencia, ciertamente la resolución del tribunal de alzada, y que, por lo tanto, en el caso se actualizaba el supuesto del art. 8o. de la Ley de Amparo de 1869, que preveía: "Artículo 8o. No es admisible el recurso de amparo en negocios judiciales", esto es, dicho precepto declaraba la improcedencia del "amparo directo" o "amparo casación".

El desechamiento fue recurrido por el juez Vega ante la Corte Suprema de Justicia (actualmente, por disposición de la Constitución de 1917, Suprema Corte de Justicia de la Nación), la cual revocó la decisión del juez y ordenó que se abriese el juicio, y a pesar de la negativa del Tribunal Superior del Estado de Sinaloa para rendir el informe que le solicitó el juez de distrito, la referida Corte emitió los siguientes argumentos a fin de oponerse a la negativa de mérito: 1) que conforme al art. 9o. de la Ley del 20 de enero de ese año, en los juicios de amparo no era parte la autoridad cuya providencia había sido reclamada; 2) que el informe de que trataba el mismo artículo tenía el doble

objeto de esclarecer los hechos sobre que versara la queja, y abrir la puerta a la autoridad para que explicara y fundara la legalidad de sus procedimientos; 3) que la resistencia de dicha autoridad a rendir el informe debiese refluir en su propio perjuicio, pero no en el de los derechos del quejoso, ni mucho menos entorpecer la secuela del juicio, principalmente cuando por otros medios pudiese ser averiguada y conocida la verdad; 4) que en el caso esa verdad apareció, aun por los mismos conceptos del tribunal que se había negado a rendir el informe.

En seguida, la Corte Suprema, al analizar el conflicto constitucional materia del proceso, razonó: 1) que los tribunales de la Federación eran los únicos competentes para decretar si en tal caso debiese o no abrirse el juicio de amparo contra resoluciones judiciales; 2) que en el particular la Suprema Corte de Justicia, en ejercicio de sus facultades, había ordenado que se abriese el juicio, y 3) que decretada la apertura del juicio, oponerse a ello era tanto como resistir a la justicia, y discutirlo era tanto como disputar al Poder Judicial de la Federación el ejercicio de sus legítimas facultades, lo cual en ningún caso se debiese tolerar.

Finalmente, en la resolución del caso Miguel Vega, también conocido como el caso del Juez de Letras de Primera Instancia de Culiacán, se indicó que el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Sinaloa, al incumplir las prescripciones legales que tuvo que observar, había violado clara y terminantemente el art. 4o. de la Constitución Federal de 1857, según el cual a nadie se le podía impedir el ejercicio de su profesión sin ser juzgado y sentenciado en la forma regular, esto es, si hubiese afectado los derechos de terceros u ofendido o los de la sociedad. En consecuencia, resolvió: 1) revocar la sentencia del 17 de junio de 1968, pronunciada por el juez de distrito, que declaró la improcedencia del amparo que solicitó Miguel Vega, y 2) amparar y proteger al quejoso contra la providencia del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Sinaloa que lo suspendió por un año en el ejercicio de su profesión de abogado.

Conforme a lo anterior es posible inferir que en los argumentos de la sentencia constitucional se efectúo, por el órgano vértice en la impartición de justicia, la interpretación a la Constitución de 1857. Dicha interpretación indicó que para efectos del juicio de amparo, en el ámbito de cualquier autoridad se incluirían los actos de las autoridades locales, en el particular la sentencia que suspendió a Miguel Vega en el ejercicio de su profesión. Para esto, se declaró implícitamente la inconstitucionalidad del art. 8o. de la Ley de Amparo de 1869. En tal virtud, se encaminó a que el control de legalidad se efectuase con el juicio de amparo, lo que maximizó el ámbito de protección de este proceso constitucional de la libertad y delineó el federalismo judicial mexicano, a pesar de menoscabar el vigor, a través de la práctica y de la jurisprudencia, del mencionado art. 8o.; la norma jurídica que cabe destacar era nada menos que la derogación del artículo 14 constitucional, sustento de la aplicación exacta y con puntualidad de las leyes civiles y penales en los procesos, y que debido a su implícita derogación fue como inició el debate, aún existente, sobre la procedencia del juicio de amparo en contra de las sentencias de los tribunales superiores de justicia de las entidades federativas, y en general en contra de la

jurisdicción local o estatal y de la jurisdicción federal, por lo que existe la propuesta de la creación de un tribunal de casación, quien conocería y resolvería de la exacta aplicación de las normas por medio de un recurso de casación, proceso *ex profeso* de control de legalidad.

Juan Rivera Hernández

Caución

La caución proviene del derecho civil y puede consistir en depósito, prenda, hipoteca o fianza, lo cual implica una garantía real. Sin embargo, en materia penal el vocablo se combina con el de libertad, y entre ambos forman el concepto de libertad bajo caución, con lo cual se convierte en una medida cautelar de carácter real y personal a través de la cual la autoridad judicial puede dejar en libertad al probable responsable de la comisión de un delito que ha sido vinculado a proceso, siempre y cuando se cumplan las formalidades y requisitos previstos en la misma carta magna, la legislación procesal y otras normas aplicables, según el caso.

La libertad bajo caución llegó a ser contemplada como una garantía constitucional en los términos siguientes:

"Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculpado:

I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley, o cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional".

Sin embargo, la reforma constitucional del 18 de junio de 2008 modificó el texto para quedar en los términos siguientes:

"Artículo 20. El proceso penal sera acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales...

B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa".

Es evidente la supresión de la libertad bajo caución en el nuevo texto constitucional. Empero, debemos recordar que las normas no sólo se interpretan gramaticalmente sino también de forma teleológica y sistemática.

Así, el derecho del imputado a la presunción de inocencia no sólo implica el considerarlo como inocente hasta que se demuestre lo contrario, sino también a tratarlo como tal mientras dura el proceso, lo cual implica garantizarle su libertad hasta que haya sido oído y vencido en juicio, de tal suerte que la libertad caucional debe ser una de las medidas cautelares que el juez de control de garantías debe utilizar al vincular a proceso al indiciado y dejar como última opción la prisión preventiva para aquellos supuestos que marca el art. 19 de la carta magna y de los que ya me he ocupado en la voz "Ministerio Público", en la cual analizo también sus implicaciones y alcances. Por ello, consideramos que la libertad bajo caución sigue siendo una garantía constitucional del imputado.

Será el juez de control de garantías quien podrá determinar la procedencia y monto de la caución a imponer, pero debemos recordar que ésta debe ser asequible a la capacidad económica del imputado, pues su único objetivo es garantizar que no se sustraiga de la acción de la justicia, por lo cual el juez no debe fijarla en función de la reparación del daño, dado que todavía no está comprobado que el indiciado es responsable del delito, y por tanto se debe presumir su inocencia hasta que se demuestre lo contrario y sea condenado.

Ahora, con la reforma a la fr. XXI del art. 73 de la CPEUM del 8 de octubre de 2013, tendremos que esperar a la regulación de la caución en el Código de Procedimientos Penales que regirá para toda la República, motivo por el cual no podemos avanzar más en el desarrollo de esta voz.

Enrique Díaz-Aranda

Causas de inadmisión de la demanda (Tribunal Europeo de Derechos Humanos)

Bajo el término causas de inadmisión de la demanda entendemos una categoría muy amplia, caracterizada por la ausencia de las condiciones necesarias por el Convenio Europeo de Derechos Humanos para considerar una demanda como admisible. Se trata de una categoría jurídica además muy heterogénea, que, queriendo esquematizar, incluye a su vez, dentro de ella, tres subcategorías: *a)* inadmisión por razón del procedimiento; *b)* inadmisión por razón de la competencia del Tribunal, y *c)* inadmisión por razón del fondo del asunto.

1) Las causas de inadmisión por razón del procedimento incluyen, a su vez, seis causas de inadmisión: *a)* no agotamiento de las vías internas de recurso; *b)* demanda ya sometida a otra instancia internacional; *c)* incumpli-

miento del plazo de seis meses; *d)* demanda anónima; *e)* demanda reiterativa, y *f)* demanda abusiva. Todas estas causas de inadmisibilidad responden, esencialmente, a dos propósitos: por un lado (causa *a*), concebir la protección otorgada por el Tribunal Europeo como subsidiaria tanto respecto a las vías internas de recurso como a la protección proporcionada por otros organismos internacionales (causa *b*) y, por otro lado, que la demanda presente los elementos de seguridad jurídica necesarios para identificar al demandante (causa d) y considerar la validez de su solicitud (causas *c*, *e* y *f)*. Analizamos a continuación las seis causas de inadmisión.

a) *No agotamiento de las vías internas de recurso*. De acuerdo con el art. 35 del Convenio, "al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recurso internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos". La obligación de agotar las vías de recurso internas desde el punto de vista de la comparación se encuentra también en el art. 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como en otros tratados internacionales sobre los derechos humanos, por ejemplo en los arts. 41.1.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 50 y 56.5 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos. La aplicación de esta regla, que puede sufrir algunas excepciones *(Icyer c. Turquía)*, tiene un caracter flexible *(Kozacioglu c. Turquía)*, pero no se puede separar del respeto de las normas internas *(Ben Salah, Adraqui y Dhaime c. España)*. El demandante tiene la obligación de plantear el derecho afirmado por el Convenio, si no explícitamente, al menos desde un punto de vista sustantivo *(Castells c. España)*, a través de los recursos disponibles *(Sejdovic c. Italia)* y efectivos *(Scordino c. Italia*, núm. 1) en la práctica *(Akdivar et autres contra Turquia)*, y en el caso en el que existan varias vías de recurso solo debe utilizar una de ellas (*Moreira Barbosa c. Portugal)*. La carga de la prueba de la falta de agotamiento de las vías internas de recurso incumbre al gobierno del Estado parte del Convenio, que puede invocar al respecto una excepción de no agotamiento.

b) La causa de inadmisión de la demanda por haber sido sometida a otra instancia internacional es afirmada en el art. 35.2.b; y requiere algunas características para que haya coincidencia y, por consecuencia, identidad entre la solicitud presentada ante el Tribunal y el recurso introducido frente a otra instancia internacional. La instancia debe ser independiente, judicial, pública e internacional; debe ser respetado el principio de contradicción y sus decisiones deben ser motivadas, notificadas a las partes y publicadas *(Peraldi c.Francia).*

c) Al Tribunal podrá recurrirse "en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva". La pérdida del derecho a acudir al Tribunal una vez expirado el plazo de seis meses responde a un principio de seguridad jurídica y se computa a partir de la fecha en la que el demandante y/o su abogado tuvieron un conocimiento "suficiente" de la resolución interna definitiva (*Koc y Tosun c. Turquía)*.

d) Es inadmisible una demanda anónima, que carezca de los elementos aptos para identificar al solicitante *(Blondje c. Países Bajos)*: una demanda no firmada, presentada indicando nombres ficticios o incluso presentados por una asociación con fines religiosos y filosóficos de la que no se revela la identidad

de sus miembros. No es considerada como anónima si el solicitante es identificable por un número suficiente de indicios *(Chamaiev y otros c. Georgia y Rusia)*.

e) Una demanda se considera "reiterativa" y es una causa de inadmisión del procedimiento, en virtud del art. 35.2.b, cuando es idéntica a otra demanda examinada anteriormente porque coinciden los demandantes, las quejas y los hechos denunciados *(Pauger c. Austria)*.

f) Constituye una causa de inadmisión por razón del procedimento, por último, según el artículo 35 §3, una demanda abusiva. Se puede entender como tal una demanda presentada con una finalidad contraria al derecho de recurso establecido por el CEDH *(Mirolubovs y otros c. Letonia)*. Las hipótesis que son indicativas del caracter abusivo de una demanda no pueden ser enumeradas de forma exhaustiva, pero el Tribunal ha reconocido como abusiva una queja manifiestamente fraudulenta o carente de veracidad; formulada para engañar al Tribunal, o presentada con un lenguaje abusivo, así como un recurso formulado en violación de la obligación de confidencialidad del arreglo amistoso.

2) Los motivos de inadmisión de una demanda por razón de la competencia del Tribunal reproducen las "clásicas" causas de falta de competencia previstas en el derecho interno de los Estados miembros de la Convención: *a)* la incompatibilidad *ratione personae*; *b)* la incompatibilidad *ratione loci; c)* la incompatibilidad *ratione temporis*, y *d)* la incompatibilidad *ratione materiae.*

a) La incompatibilidad *ratione personae* se produce cuando la demanda no está dirigida contra un Estado contratante parte del Convenio *(X. c. Checoslovaquia)* o que haya ratificado sus protocolos *(De Saedeleer c. Bélgica)* o en caso de que el demandante no tenga la cualidad para actuar *(Section de commune d'Antilly contra Francia)*.

b) Una demanda es inadmisible *ratione loci* cuando la violación alegada del Convenio no haya tenido lugar en la jurisdicción del Estado demandado o en territorio bajo su control *(Drozd et Janousek c. Francia y España)*.

c) La incompatibilidad *ratione temporis*, según cuanto afirma el mismo principio general del derecho internacional, excluye la posibilidad de que pudieran caer en el marco de aplicación del Convenio hechos anteriores a su ratificación *(Kopecky c. Eslovaquia)*.

d) La incompatibilidad *ratione materiae* determina la inadmisibilidad de la demanda cuando ésta se basa en un derecho que no esté cubierto por el Convenio *(X. c. República Federal de Alemania)* o, y esta es la hipótesis más frecuente, cuando el derecho invocado en la demanda se encuentra fuera del ámbito de aplicación de los artículos del Convenio o de sus protocolos.

3) Las causas de inadmisión por razón del fondo del asunto son dos: *a)* la carencia manifiesta de fundamento, y *b)* la ausencia de un perjuicio importante.

a) La demanda carece manifiestamente de fundamento cuando ésta no presenta ninguna apariencia de violación de los derechos garantizados por el Convenio, de manera que se la puede declarar inadmisible sin esperar el examen formal del fondo del caso. La jurisprudencia del Tribunal ha identificado cuatro tipos de casos de carencia de fundamento: 1) las quejas dichas de "cuarta instancia"; 2) las quejas respecto a las cuales hay una ausencia

manifiesta o evidente de violación; 3) las quejas no probadas y, finalmente, 4) las quejas confusas y fantasiosas. La expresión quejas de "cuarta instancia" procede de la jurisprudencia *(Kemmache c. Francia)* e identifica la carencia de fundamento a través de un razonamiento a contrario, basado en lo que el Tribunal Europeo no es: este no es un tribunal de apelación ni de casación ni de reexamen ni tampoco de revisión respecto a las jurisdicciones de los Estados miembros. Por lo tanto, si el solicitante no ha entendido bien cuál es la función del Tribunal, su demanda será declarada inadmisible porque carece manifiestamente de fundamento. La misma suerte puede tocar a las quejas no fundamentadas o inventadas o a aquellas que no están basadas sobre una violación de un derecho afirmado por el Convenio, lo que se produce cuando no hay ninguna apariencia de desproporción entre los fines de un derecho protegido por el Convenio y la injerencia del Estado *(Mentzen c. Letonia)*.

b) La ausencia de un perjuicio importante es un criterio de admisibilidad que ha sido introducido en el año 2010 con la finalidad de disminuir la carga de trabajo del Tribunal, en aplicación del principio *de minimis non curat praetor*. Para su examen por el Tribunal, entonces, la presunta violación del Convenio debe alcanzar un nivel mínimo de gravedad para justificar su examen *(Korolev c. Rusia)*. La salvaguarda de los derechos humanos prevé, sin embargo, que se cumplan dos cláusulas: el Tribunal no puede declarar inadmisible una demanda y tampoco puede inadmitir un asunto si el respeto de los derechos humanos exige el examen del fondo *(Tyrer c. Reino Unido),* o en el caso en el que la demanda no haya sido examinada de forma adecuada por un tribunal nacional *(Ionescu c. Rumania)*.

Eloisa Denia Cosimo

Checks and balances y justicia constitucional

En toda democracia existen poderosas razones que sustentan la profunda convicción y necesidad de proteger la libertad de los hombres, a través de la creación de nuevos órganos de naturaleza constitucional, frente a las autoridades pertenecientes tanto a los tres clásicos poderes del Estado como a los poderes privados, hoy tan o más poderosos que los poderes públicos. De ahí que el ejercicio por parte del Tribunal Constitucional de la función de control de las normas legales y resoluciones judiciales, así como de los actos particulares que afectan los derechos fundamentales, haya conllevado a replantear la clásica idea tripartita de la división de poderes.

En los orígenes del constitucionalismo moderno, la experiencia norteamericana fue un espacio fecundo para las deliberaciones sobre el sistema de control entre poderes que debía adoptarse en la Constitución por el nuevo gobierno de los Estados Unidos. En ese sentido, la Constitución se concibió como un pacto que buscaba el equilibrio entre los poderes públicos para el logro de los objetivos de la nación y el resguardo de las libertades ciudadanas. De este modo, la integración del poder —en tanto orden jurídico supremo— y la libertad —entendida como derechos fundamentales— cimentaría las bases del quehacer del derecho constitucional y de los procesos constitucionales contemporáneos.

Sin embargo, aun cuando la división del poder como garantía de libertad sea constitutiva del Estado democrático moderno, no se puede afirmar que actualmente el poder sólo pueda ser racionalizado en tres funciones —legislativa, ejecutiva y judicial—. Antes bien, este sistema de división tripartita del poder que se originó por razones históricas y políticas concretas ha ido evolucionando en función de nuevos desafíos y alternativas, como las que originaron, más de un siglo después del establecimiento del Estado de derecho, la tardía creación de los tribunales constitucionales en el contexto del juego contemporáneo de la independencia y de la cooperación entre los poderes, así como en la búsqueda de la unidad constitucional sobre la base de respetar la diversidad política.

Asimismo, la legitimidad judicial del Tribunal Constitucional sólo es posible de alcanzar en el proceso de control constitucional de los diversos actos y decisiones de los poderes públicos y privados en aras de tutelar los derechos fundamentales. En una democracia, el Poder Ejecutivo, el Congreso y el Poder Judicial no son organismos constitucionales dóciles a las decisiones de la justicia constitucional. Por el contrario, presentan a menudo conflictos de diferente envergadura que ponen de manifiesto la difícil tarea que debe desempeñar dicho Tribunal para ocupar un lugar en el sistema político tripartito de división de poderes.

Ahora bien, no es precisamente la tarea de control judicial de las leyes y de las resoluciones de los poderes públicos y actos privados la causante de conflictos institucionales. Por ello, son los peligros fundados contra la libertad, provenientes de las propias autoridades, los que ocasionan dichos conflictos que han tenido incluso, en no pocas oportunidades, profundas repercusiones políticas.

A este respecto, la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales del Congreso o del Poder Ejecutivo no busca sustituir la división del poder, pero sí procura mediante el control jurisdiccional asegurar el balance y la cooperación entre los poderes. Ello es posible a partir de entender que, en primer lugar, el Congreso no es más el antiguo poder absoluto, lo que significa que los actos parlamentarios son justiciables; y en segundo lugar, que la justicia constitucional, en cuanto resuelve conforme a la Constitución, no cuestiona el balance de poderes, sino que lo afirma, aun cuando ello no sea óbice para que se presente el peligro del gobierno de los jueces.

En relación con lo anterior, aun cuando siempre existe el peligro de hacer política con la justicia (lo que supone terminar politizando la justicia), debe tenerse presente que en las sociedades avanzadas no existen conflictos contrasistémicos entre el Tribunal Constitucional y los poderes públicos o privados. Por el contrario, la actuación judicial, unas veces moderada y otras veces *activista*, se ha visto acompañada de contundentes y nuevos argumentos jurídicos que hacen, en todo caso, discutible su obra, pero nunca desconocida por la autoridad, lográndose así la afirmación de su legitimidad constitucional gracias a su juego flexible con el poder y con el soporte o crítica de la opinión pública.

En las sociedades integradas y homogéneas, la incorporación del Tribunal Constitucional al Estado de derecho ha logrado desempeñar un rol institucional de balance de los poderes políticos en los modernos regímenes

democráticos, sin perjuicio de que se hayan presentado algunos problemas institucionales durante el establecimiento de la justicia constitucional en el sistema político. Pero este proceso no es asimilable a otras realidades, si se parte de concebir que la democracia no debe ser entendida como un concepto uniforme.

En cambio, en sociedades heterogéneas, complejas y desintegradas se encuentran básicamente dos formas distintas de comprender dicha incorporación. Así, se tiene una posición dogmática que incide en el rol y la posición que ocupa la justicia constitucional en el sistema político, basada en un absolutismo de la mayoría numérica parlamentaria, y otra posición relativista para la cual la defensa de los valores de la libertad mediante la justicia constitucional es consustancial al sistema político. En el primer caso es fácil entender que tanto la democracia como el Tribunal Constitucional sean sólo instrumentos de sus fines y objetivos. Mientras que, para el segundo caso, el rol de la justicia constitucional se entiende como una obra abierta y en movimiento, orientada a limpiar de impurezas la construcción del camino democrático del Estado constitucional.

En el actual proceso democrático, la posición del Tribunal Constitucional no puede ser analizada desde una perspectiva dogmática o neutral frente a la democracia, sino desde una perspectiva de defensa y desarrollo de las relaciones integradoras del gobierno y la oposición. Para ello, la legitimidad constitucional se convierte en el concepto clave, por cuanto permite entender el rol de la jurisdicción constitucional en el marco del sistema democrático y de las posibilidades y/o límites dentro del régimen político del presidencialismo, así como el papel de sus relaciones con el Poder Ejecutivo, el Congreso y el Poder Judicial.

Desde dicho enfoque, es necesario que el Tribunal Constitucional construya legítimamente un espacio propio de competencias, como árbitro final, no dentro del clásico modelo de división de poderes, sino dentro del modelo de control y balance de poderes (*check and balances*). Esto último requiere del reajuste permanente de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y los poderes públicos, tarea que no es pacífica dado que pone en tensión las relaciones entre el derecho y la política.

César Landa Arroyo

Cierre de instrucción

La palabra "instrucción" proviene del latín *instructĭo, -ōnis,* la cual tiene diferentes significaciones. Es una forma de enseñanza que consiste en la impartición de conocimientos o datos necesarios para realizar una actividad, ya sea a una persona, un animal o un dispositivo tecnológico. También se le llama así al conjunto de conocimientos que tiene una persona. En informática, se le llama instrucción a una serie de datos e informaciones colocados en una secuencia para que un procesador los interprete y los ejecute. En el sentido jurídico, la palabra instrucción se utiliza procesalmente. Su acepción quiere decir ilustrar al juez; enseñarle con sujeción a las reglas procesales el conjunto de actuaciones, diligencias, pruebas y promociones de las partes, que son necesarias para

poner el proceso en estado de sentencia. En un primer acercamiento, cerrar la instrucción equivale a tener en el expediente los elementos necesarios para resolver una controversia jurídica.

Todo proceso jurisdiccional tiene carácter temporal, tiene un principio y un fin; está dividido en una serie de fases o etapas sucesivas que van transcurriendo y que una vez concluidas no permiten, por regla general, que se regrese a etapas ya superadas.

Santiago Barajas Montes de Oca señala que la instrucción es la fase o curso que sigue todo proceso o el expediente que se forma y tramita con motivo de un juicio. El fin específico de todo proceso es esclarecer lo que se denomina verdad histórica. La verdad, en resumen, es lo que ha de encontrar el juzgador durante la instrucción de cualquier proceso para estar en condiciones de dictar sentencia. Termina la instrucción en el proceso cuando el juzgador estima que fueron practicadas todas las diligencias necesarias para encontrar la verdad buscada, incluidas las dictadas para mejor proveer.

Si bien las diversas ramas del derecho tienen características propias, en todo proceso existen, por regla general, dos etapas: la instrucción y el juicio. En la primera se producen las actuaciones, diligencias, pruebas, promociones y se reciben los alegatos de las partes, a fin de poner el proceso en estado de sentencia. Por su parte, la instrucción se subordina a diferentes modalidades dependiendo de la materia. Así, por ejemplo, en el derecho civil se divide en tres fases: postulatoria, probatoria y preconclusiva.

En el derecho penal la instrucción es el procedimiento que inicia después de dictado el auto de formal prisión o de sujeción al proceso y concluye con el auto que declara cerrada la instrucción; esto es, antes de que el Ministerio Público concrete la acusación en su escrito de conclusiones. Abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiaridades del inculpado, así como la probable responsabilidad penal o su ausencia.

Durante la fase de instrucción en el derecho mercantil se presentan tres etapas, que son: la fijación de la *litis,* pruebas y alegatos. Durante estos tres periodos se desarrolla la demanda, la contestación, el ofrecimiento y desahogo de pruebas, y la formulación de alegatos. Al término de estas etapas el juzgador estará en condiciones de dictar sentencia que corresponde a la etapa del juicio mercantil.

En los procesos constitucionales como las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad el proceso presenta dos fases: instrucción y juicio. En ambos procesos la fase de instrucción tiene como propósito la fijación de la *litis* constitucional. Recibida la demanda, el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación designará, según el turno que corresponda, a un ministro instructor a fin de que ponga el proceso en estado de resolución. En las controversias la instrucción inicia con el auto de radicación de la demanda y concluye cuando se da por terminada la audiencia de ofrecimiento y desahogo de pruebas. En tanto que en las acciones inicia con dicho auto y concluye una vez formulados los alegatos respectivos o concluido el plazo concedido para ello.

Por lo que respecta a los procesos constitucionales en materia electoral que conforman los medios de impugnación de la competencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, el proceso se divide en tres fases: trámite, sustanciación o instrucción, y resolución o sentencia.

La fase de trámite se lleva a cabo ante la autoridad u órgano partidario que haya emitido el acto impugnado; en esta fase se integra la *litis* con la demanda, el informe circunstanciado y, en su caso, con el escrito del tercero interesado, así como con los medios probatorios que cada una de las partes ofrezca y aporte.

Recibida la documentación que remita la autoridad u órgano partidario responsable del acto controvertido, el magistrado presidente de la Sala respectiva ordena integrar y turnar el expediente al magistrado en turno, quien realizará los actos y ordenará las diligencias que sean necesarias para la sustanciación o instrucción de los expedientes.

La fase de instrucción tiene por objeto dictar los autos, acuerdos o proveídos, relativos a la promoción, recepción y admisión del respectivo medio de impugnación, así como de la comparecencia de los terceros interesados y coadyuvantes, además de realizar cuantas diligencias fueren pertinentes o indispensables, hasta poner el juicio o recurso en estado de dictar sentencia, incluidas las vistas, requerimientos o diligencias que dicte el magistrado instructor para mejor proveer. Esta fase se desarrolla en la Sala competente del Tribunal Electoral; está a cargo fundamentalmente del magistrado instructor en turno.

Una vez sustanciado el expediente y puesto en estado de resolución, esto es, que no hubiese prueba pendiente por desahogar ni diligencia que practicar, se declarará cerrada la instrucción, pasando el asunto a sentencia, y se ordenará fijar copia de los autos respectivos en los estrados de la Sala. La instrucción, por tanto, inicia con el auto de radicación en la ponencia respectiva y concluye con el auto que declara cerrada la instrucción.

Con el cierre de instrucción, el magistrado instructor formulará el proyecto de sentencia, según el caso, de sobreseimiento o de fondo, y lo someterá a la consideración de la Sala.

Así, el "cierre de instrucción" constituye un acto jurisdiccional que emite el juzgador que lleva la causa, una vez sustanciado y puesto en estado de resolución el expediente de la controversia jurídica o litigio, previo a resolver o proponer a sus pares un proyecto de resolución, según se trate de un órgano jurisdiccional unipersonal o colegiado. El cierre de instrucción por regla general tiene tres principales efectos: *a)* poner fin a la instrucción; *b)* marcar el principio de la fase de resolución o sentencia, y *c)* citar a las partes para sentencia.

María del Carmen Alanis Figueroa

Circuitos jurisdiccionales

Se ha entendido, por lo general, como circuito jurisdiccional un territorio, una zona o una demarcación geográfica que comprende varias comunidades o ciudades o distritos, o partes de uno o varios estados o provincias, según sea

la organización política y administrativa del país de que se trate, donde ejerce jurisdicción un juez o un tribunal.

Para la comprensión de la locución distrito jurisdiccional, tal como se emplea en la actualidad, es menester partir de la conformación histórica del Estado, que surgió cuando un poder centralizado tuvo la facultad de *imperium*, el monopolio de la capacidad de imponer normas jurídicas dentro del territorio que comprende y de garantizar su cumplimiento. Previamente a dicha etapa, en la Edad Media faltó "un poder público rígidamente institucionalizado, capaz de ejercer el monopolio de las facultades de *imperium* y normativas de un territorio a él subordinado" (Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*).

En cuanto a la división del territorio en diferentes porciones para poder ser gobernadas, encontramos que Europa, en el siglo XIII, hace una reordenación de su territorio, además, con antelación, en textos como la Biblia se hace mención de "distritos jurisdiccionales"; sin embargo, como ya se aclaró con antelación, nos enfocaremos al Estado como lo concebimos actualmente, es decir, como la forma de organización política de la sociedad a través de la norma jurídica que otorga facultades a los funcionarios públicos, que a la vez constituyen límites, para hacer realidad el orden constitucional.

Entonces, al haber un poder centralizado es menester adoptar una forma de organización para gobernar a la población que habita en el territorio que forma parte de un determinado Estado, pero la realización de dicha actividad no únicamente se enfoca a aspectos de tipo normativo o administrativo, sino que también juega un papel de suma importancia lo jurisdiccional, por tanto, se debe hacer un diseño organizacional de los órganos de impartición de justicia encargados de aplicar la ley a casos concretos dentro del territorio en que ejercen jurisdicción.

Ahora bien, vistos los circuitos jurisdiccionales como una forma de organización de los órganos de poder que tienen la función de impartir justicia, acercan a éstos a las personas que demandan tener acceso a la misma, por tanto, son un factor que contribuye a hacer realidad el derecho humano de acceso a la justicia, además de que permiten manejar con más eficiencia la carga de trabajo o, como unos la denominan, "carga procesal" (expresión que tiene más de un significado), pues bien pueden estar diseñados para recibir asuntos de igual o similar naturaleza.

Entonces, el aparato encargado de aplicar la ley se puede organizar de diferentes maneras, dependiendo de varios factores; por ejemplo, la similitud de los problemas a atender en distintos territorios que comparten diversos aspectos, como pudiera ser el caso que constituyeran una unidad geográfica. Lo más conveniente para organizarse en circuitos jurisdiccionales y hacer un diseño adecuado es utilizar el enfoque de políticas públicas para solucionar los problemas que se presentan en los diferentes Estados, con base en diversas opciones, como puede ser la desconcentración de servicios públicos o incluso la descentralización, según lo que sea más viable desde el punto de vista técnico y factible políticamente para su implementación y operación.

Para llegar a tomar la decisión correcta, el enfoque de políticas públicas contempla una serie de pasos para resolver los problemas, que es a lo que téc-

nicamente se conoce como ciclo de las políticas públicas, que según Parsons comprende: problema, definición del problema, identificación de alternativas, evaluación de las opciones, selección de una de ellas, implementación y evaluación. Daremos un ejemplo al respecto tomando como base uno de los componentes del ciclo citado.

Cuando se detecta que hay un problema en el ámbito de la justicia es necesario recopilar información para definirlo correctamente y hacer un diagnóstico de la situación, verbigracia, es menester conocer cuál es la forma de organización, recabar estadísticas, interrogar a las personas que forman parte del propio sistema que puedan proporcionar opiniones calificadas.

En cuanto a la forma de organización, que es en lo que nos centraremos, es ineludible saber el tipo de despacho judicial que ha estado en vigor, que doctrinalmente toma diferentes nombres, según sea la característica o las características que se están mirando, de manera que es necesario saber si el mismo es funcional al sistema y a los cambios que se operan; por ejemplo, el aumento de la demanda de los servicios de los órganos jurisdiccionales debido a la presión demográfica o de otro tipo o que genera una carga de trabajo que dificulta que los asuntos se resuelvan dentro del tiempo que fija la ley, entonces habrá que buscar la forma de que el despacho judicial sea más eficiente; o bien, si es que algunas personas no tienen acceso a la justicia debido a que está muy retirado el juzgado de donde viven o trabajan, lo que desincentiva que acudan en demanda de justicia, podría tomarse la decisión de desconcentrar la prestación de los servicios o llegar hasta su descentralización.

En conclusión, la organización en circuitos judiciales es un factor que permite el acceso a la justicia, que es un derecho humano reconocido por las diversas Constituciones e instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.1) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.1).

Miguel Ángel Rodríguez Vázquez

Circunscripción plurinominal

El vocablo circunscripción es la parte georreferenciada que establece los límites territoriales en que se divide un país para efectos electorales. Tal expresión, vinculada a la materia electoral, se refiere a aquella zona en la cual los votos emitidos por las personas con derecho a sufragio constituyen el fundamento para el reparto de escaños a los candidatos o partidos, con independencia de los votos emitidos en otra zona electoral; de igual modo, se refiere a la demarcación geográfica que contiene determinado número de habitantes, integrada por entidades federativas colindantes, cuyos electores inscritos en el padrón electoral elijen a sus gobernantes, con el objeto de ofrecer una representación a los partidos en función del número de votos recibidos, independientemente de los triunfos o derrotas en otros distritos electorales.

Actualmente, casi la totalidad de los países distribuyen los escaños en circunscripciones electorales y generalmente éstas son plurinominales, y cuya estructura de distribución varía según la organización interna que cada país adopta, y en donde un antecedente decisivo para ello es la división político-

administrativa y geográfica de cada Estado. Casi toda la división territorial de las circunscripciones electorales se hace a través de la división en departamentos o provincias, o estados, territorios o distritos.

Aunque puede haber circunscripciones o distritos sin base territorial alguna, generalmente la delimitación de éstas se realiza atendiendo a ese criterio; como ejemplo tenemos a Portugal, en donde existe una circunscripción para los ciudadanos portugueses residentes en el extranjero, o Nueva Zelanda, donde existen los llamados distritos personales (no territoriales) que permiten la representación de los aborígenes de alguna raza de esa región del mundo, así como algunos otros países, en donde se reserva alguna circunscripción electoral para la representación de las minorías étnicas.

Las circunscripciones electorales se han dividido, según el número de escaños en disputa, en uninominales y plurinominales; tratándose de las primeras, se disputa un escaño en la circunscripción, y de las segundas, más de un escaño en la circunscripción. En las llamadas circunscripciones plurinominales se ha realizado una distinción más precisa, ya que por su dimensión y efectos, generalmente las circunscripciones plurinominales se clasifican en pequeñas (entre 2 y 5 escaños), medias (entre 6 y 10 escaños) y grandes (más de 10 escaños).

Dichos tipos de circunscripciones electorales son compatibles, en principio, con todos los sistemas electorales, sean de representación mayoritaria o proporcional, ya que como lo señala Nohlen: "el tamaño de las circunscripciones está referido al número de escaños que se asignan y no a la extensión territorial que ocupan".

Es de gran importancia para los efectos del sistema electoral el tamaño de la circunscripción; primero para la relación entre votos y escaños, y segundo, para las oportunidades electorales de los partidos políticos contendientes. En el tamaño de las circunscripciones es válida la regla de decisión proporcional; se dice que cuanto más pequeña la circunscripción electoral, menor el efecto proporcional del sistema electoral, y generalmente también las posibilidades de que partidos pequeños accedan a cargos.

Así, se dice que en el tamaño de las circunscripciones influye la relación entre elector y electo, ya que en una circunscripción uninominal la relación entre elector y candidato se basa en el conocimiento de éste, la confianza y la responsabilidad; en tanto que en las circunscripciones plurinominales el elector otorga su voto por lo general a una lista de partido que la mayoría de las veces no le es conocida.

En el trabajo "La circunscripción electoral: una visión conceptual y comparada de la región andina", de Fernando Tuesta, de una revisión global respecto de las circunscripciones en el mundo se observa que se han dividido de la forma que a continuación se presenta:

Países que utilizan todo el territorio nacional como circunscripción. Esto se refiere a aquellos países donde no existe división territorial para fines electorales, esto es, el tamaño de la circunscripción incluye a todos los puestos en contienda y su número es 1. A estos países se les suele denominar como sistemas electorales con circunscripción o distrito electoral único, lo cual generalmente ocurre en países pequeños en cuanto a su población.

Países que utilizan circunscripciones especialmente delimitadas. Esto se da en los sistemas mayoritarios con distritos uninominales, porque de lo que se trata es de delimitar las circunscripciones atendiendo al principio de mantener una relación igual entre representantes y población (un hombre = un voto). Es requisito para este tipo de circunscripciones contar con conocimientos exhaustivos de la geografía y demografía del país de que se trate; además, en estos casos, debido a los procesos migratorios, los ajustes de los límites de la circunscripción suelen ser de forma permanente.

Países que utilizan la delimitación política-administrativa. Generalmente utilizado en sistemas proporcionales en circunscripciones plurinominales. Se trata de asignar un número de escaños a la unidad político-administrativa (provincia, departamento, estado, región o distrito), de acuerdo a su tamaño poblacional. Pese a los esfuerzos, difícilmente se logra mantener la relación representantes y población (un hombre = un voto) de manera igual en todas las circunscripciones.

Con base en lo anterior, las circunscripciones electorales son divisiones del territorio de un Estado en las que se elige a representantes populares por medio del voto para distintos cargos públicos, con la finalidad de que un área geográfica pueda ser organizada en delimitación de distritos, lo cual se vuelve primordial para la representación de las fuerzas políticas hacia la población y la ciudadanía. Debe tenerse presente que la actualización de la división del territorio en circunscripciones puede ser objeto de ajustes y valoraciones en el procedimiento conocido como redistritación.

En México, la distritación es un ejercicio de reordenamiento que deviene por mandato constitucional, pues da cumplimiento a lo establecido en el art. 53 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el cual se establece que a partir del último censo de población efectuado en el país, en este caso el Censo de Población 2010, la distribución de la demarcación territorial de los 300 distritos electorales uninominales será la que resulte de dividir la población total del país entre los distritos señalados.

La referencia geográfica electoral no es estática, debe ajustarse a las nuevas realidades demográficas, como los procesos migratorios, y también requiere ajustarse en ocasiones a los accidentes geográficos; de ahí que las leyes de cada país determinen la periodicidad de este procedimiento de demarcación.

Ma. Macarita Elizondo Gasperín

Cláusula de interpretación conforme

La incorporación de una cláusula de interpretación conforme de las normas de derechos humanos con respecto a los tratados internacionales, prevista en los ejercicios constitucionales contemporáneos, es consecuente con todo un conjunto de aproximaciones que surgen a partir de la vinculación con el derecho internacional para obligarse en los términos de un tratado que contenga normas protectoras de la persona. Estas notas, que contribuyen a la armonización en sede interna de la norma internacional, van conformando una secuencia de pasos que permiten una mejor y más amplia aplicación de los instrumentos. Por ejemplo, su incorporación al orden jurídico nacional, o

bien la relevancia constitucional de aquellos relativos a la materia de derechos humanos.

En términos generales, podemos encontrar tres distintos modelos para optar por un reconocimiento de la relevancia constitucional de ese tipo de tratados en la práctica comparada.

a) *Jerárquico*. Se ubica a los tratados internacionales que contienen normas protectoras de la persona al mismo nivel de la Constitución. Por ejemplo, en las Constituciones de Guatemala (1985) o Argentina (reforma integral de 1994).

b) *Interpretativo*. A través de una cláusula de interpretación conforme de los derechos reconocidos en las Constituciones con respecto a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Es el caso de las Constituciones de Portugal (1976), España (1978) y Perú (1993).

c) Un *modelo mixto*, que adopta tanto la relevancia constitucional de los tratados como una cláusula de interpretación conforme. Se trata de un diseño presente principalmente en algunas de las últimas Constituciones de América Latina, en el que se asumen las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales como un marco normativo de índole constitucional (lo que deriva en el llamado "bloque de constitucionalidad"), pero que incluye también una cláusula de interpretación conforme, así como el principio *pro persona* en algunos casos. Por ejemplo, las Constituciones de Colombia (1991), Bolivia (2009), República Dominicana (2010) y México (2011).

La remisión interpretativa de los derechos constitucionales a los tratados es lo propio de la figura en la práctica comparada de los países que han acompañado este modelo, especialmente en América Latina y Europa —que además claramente tiene dos importantes y obligados referentes interpretativos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas— aunque sin descartar otros contextos, como el de algunos países en el Sistema Africano de Protección a los Derechos Humanos.

En el modelo comparado esta cláusula se ha implementado como una forma de remisión de las normas sobre derechos fundamentales presentes en la Constitución a los tratados internacionales para efecto de aplicar el instrumento internacional, privilegiando su eficacia protectora. No implica únicamente la consideración interpretativa hacia los derechos sustantivos, sino al instrumento en su conjunto, lo que incluye también a la propia dimensión hermenéutica presente en los tratados, y —a mi juicio— también a la obligatoriedad del cumplimiento de las resoluciones emitidas por los organismos establecidos para su garantía, primordialmente las sentencias de los tribunales.

En la práctica, la aplicación de esta norma de conexión va directa y claramente hacia la jurisprudencia internacional, como puede acreditarse probadamente con respecto al caso español, que a través del art. 10.2 constitucional ha ejercido una interpretación conforme directamente vinculada al intérprete convencional, particularmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Esta implicación es muy clara desde fases incipientes de los desarrollos normativos que han asumido la constitucionalización de los tratados internacionales sobre derechos humanos; de manera que es posible afirmar que la interpreta-

ción conforme lo es con respecto a la propia interpretación que se desarrolla en relación con la norma convencional.

De ahí que en el contexto latinoamericano exista un grado de compatibilidad muy importante entre la interpretación conforme y el control difuso de convencionalidad mandatado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, e incluso en las implicaciones de la propia interpretación conforme, que se presentan en el control de constitucionalidad; un ejercicio complementario con el primero; como lo advirtió la Corte Interamericana en la supervisión de cumplimiento de sentencia del *Caso Gelman vs. Uruguay.*

El acento de la cláusula de interpretación conforme es el reconocimiento de que las normas sobre derechos humanos constituyen estándares normativos de mínimos susceptibles de un necesario envío interpretativo hacia otros ordenamientos para efecto de su ampliación. Es el diseño constitucional que corresponde a normas que buscan expandirse al presentarse como sedimentos mínimos de ampliación progresiva.

Esta idea es deudora del hecho de que el desarrollo sobre derechos humanos va cobrando fuerza normativa en la medida en que se van obteniendo pisos más altos a partir de alcances normativos identificables de menor a mayor protección. De ahí que cobren relevancia en la aplicación de las normas sobre derechos humanos principios como el de integralidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad. De esta forma, las cartas sobre derechos humanos, sean Constituciones o tratados internacionales, establecen un estándar mínimo de obligado cumplimiento para los Estados, y que por vía jurisprudencial puede ser ampliado, al remitirse a ordenamientos más protectores: otros tratados internacionales; o bien, incluso, a otras normas nacionales.

Regularmente la cláusula de interpretación conforme se ha desarrollado para efectos de efectuar una remisión interpretativa de los derechos fundamentales presentes en las Constituciones a los tratados internacionales, según el diseño incipiente de Portugal o España. Sin embargo, puede haber diseños como el implementado en México, a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, que favorecen mayores posibilidades de su empleo, ya que la remisión interpretativa de las normas sobre derechos humanos presentes en cualquier ley, se dirige a un par de referentes conformados por la Constitución y los tratados internacionales; remisión ante la que prevalece el sentido de aplicación normativa o interpretativa más favorable, por lo que esta cláusula se encuentra íntimamente vinculada al principio *pro persona*, que otorga el sentido final del ejercicio interpretativo.

El diseño particular adoptado por la Constitución mexicana en el art. 1o., párrafo segundo, establece que las normas de derechos humanos se interpretarán de conformidad: "*con esta Constitución y con los tratados*…"; se trata de un par de referentes que actúan de conjunto, porque en la redacción del texto constitucional nos encontramos ante una conjunción copulativa, no disyuntiva (Ferrer, 2011).

De esta manera, es posible advertir las siguientes modalidades de interpretación conforme:

a) De todas las normas relativas a los derechos humanos contenidas en la legislación, hacia los referentes *Constitución y los tratados internacionales.*

b) De las normas sobre derechos humanos contenidas en los tratados internacionales hacia la *Constitución y los tratados internacionales*.

Una posibilidad interpretativa que además se encuentra respaldada en los criterios contenidos en los instrumentos sobre su propia interpretación en relación con otras normas que sean más favorables.

c) De las normas sobre derechos humanos contenidas en la Constitución hacia otras normas de la *Constitución y los tratados internacionales*.

Esta última remisión es la que refleja la construcción de un bloque de derechos; un bloque de constitucionalidad no entendido únicamente como un solo catálogo de derechos, sino un contenido ya interpretado e integrado de conformidad con el material normativo referente, y que sirve de parámetro a la legislación y a los actos de autoridad.

José Luis Caballero Ochoa

Codificación procesal constitucional

I. Los mercados de la codificación. La codificación procesal constitucional es un proceso concretado en varios países, con la sanción de "códigos procesales constitucionales" (en orden cronológico: provincia de Tucumán, estado federado en Argentina, Ley 6944; Perú, Ley 28.237; Bolivia, Ley 254 de 2012), o "leyes de jurisdicción constitucional" (Costa Rica, Ley 7135), de "procedimientos constitucionales" (El Salvador, decreto legislativo 2996, de 1960; provincia de Entre Ríos, en Argentina, Ley 8369), o bajo el rótulo de "ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control de constitucionalidad", en Ecuador. Este listado es meramente ejemplificativo.

Existen comunidades poco afectas a este proceso de codificación: en ellas no hay "mercado", sea simplemente porque no hay una "demanda" forense o académica de tal fenómeno, o porque no existe "oferta" que la satisfaga. Este es un tema que interesa a la sociología jurídica, y que se explica por tradiciones, idiosincrasias, prevenciones, experiencias poco felices, o simplemente desinformación.

II. Soles y bemoles de la codificación. En teoría, la codificación procesal constitucional debería cumplir ciertas metas muy atractivas. Así, brindar *seguridad* en la materia, al evitar respuestas normativas disímiles, que son frecuentes cuando los procesos constitucionales son tratados de manera dispersa, aluvional y asistemática. La codificación también puede procurar *perfeccionamiento* y *eficacia,* al evitar redundancias, pulir las contradicciones y mejorar los institutos preexistentes. De paso, la codificación *robustece* y *consolida* a la disciplina procesal constitucional, reforzando su autonomía y su calidad jurídica.

Pero también la codificación procesal tiene sus problemas. Uno de ellos es la *regresión,* si el codificador repliega los avances legales o tribunalicios habidos y retrae la vigencia y la eficacia del derecho procesal constitucional. Otro riesgo es el *conflicto,* cuando la empresa codificatoria reaviva viejas disputas o provoca otras nuevas, acerca, por ejemplo, del rol supletorio o directo de algún proceso constitucional, su radio de cobertura o la legitimación procesal para promoverlo. Finalmente, no cabe descartar la *esclerotización* que puede provocar, al coagular, *v. gr.*, tendencias jurisprudenciales aperturistas en cier-

nes, o iniciativas doctrinales que terminan arrinconadas ante el nuevo cuerpo legal codificado.

III. Las rutas de la codificación. El proceso que comentamos puede plasmarse de dos modos, como cualquier empresa codificatoria. Uno, más modesto, es la *consolidación,* que consiste en el aglutinamiento de textos legales preexistentes, bien que de manera más orgánica, pero respetando el diseño y el contenido básico anterior. El otro, más ambicioso, es la *codificación* propiamente dicha, que puede alcanzar toda una reelaboración de la magistratura y de los procesos constitucionales en vigor, más la programación de otros nuevos y el reemplazo o la extinción de otros, incluso de antigua data.

IV. Los topes de la codificación. La codificación es una tarea que asume el legislador. Como tal, tiene sus límites y condicionamientos.

Desde luego, hay bordes materiales o físicos, como las partidas presupuestarias para organizar juzgados especializados en lo procesal constitucional o el número de funcionarios y magistrados necesarios para asumir roles jurisdiccionales más ambiciosos y activos.

Pero también existen topes normativos, provenientes, en primer lugar, de la constitución nacional, que cuando se ocupa de definir los procesos constitucionales básicos y sus alcances (como la del Perú, art. 200, *v. gr.*), ello circunscribe la capacidad imaginativa del codificador. Hay otras Constituciones, en cambio, más amplias y permisivas, incluso generosas, que al revés, demandan al legislador la instrumentación de órganos tribunalicios ágiles y cuantitativamente numerosos. Una Constitución, desde esta perspectiva, puede ser una cárcel o una pista de despegue para el proceso codificatorio.

Para los estados o provincias miembros de una Federación, la capacidad del operador de la codificación se ve también restringida por la Constitución local, de vez en cuando más detallista que la nacional. Y en ciertas circunstancias extremas y raras, por la prohibición de regular legislativamente ciertos institutos, como ha ocurrido en Salta y Jujuy, Argentina, por ejemplo en relación con el hábeas corpus o el amparo.

A lo dicho cabe añadir las exigencias propias del derecho internacional de los derechos humanos. Así, el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica ha establecido reglas precisas sobre el "amparo latinoamericano", como se lo llama con frecuencia, las que resultan obligatorias para cualquier codificador del área suscriptor del Pacto. Es de advertir que ese amparo sirve no solamente para tutelar derechos emergentes del Pacto de San José, sino también derechos constitucionales y legales, y que se encuentra complementado con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de seguimiento obligatorio para los estados del área que han aceptado su jurisdicción, de acuerdo con su doctrina del "control de convencionalidad".

V. El destino de la codificación. La suerte de una codificación depende de dos variables esenciales. Una, de su mérito intrínseco, que no consiste solamente en la sanción de normas pulcramente redactadas, sino también de reglas sensatas, respetuosas del medio y de la sociedad donde van a aplicarse, de su justicia y de su factibilidad. El delirio legislativo es tan pernicioso como la impericia o el desconocimiento.

Pero, junto a lo dicho, el éxito de una codificación va a concluir en la voluntad de los operadores posteriores de cumplirla leal y adecuadamente. Si ellos se confabulan para retacearla, pervertirla, corromperla o simplemente ignorarla, el código procesal constitucional, por más méritos que tenga, concluirá ineficiente. Cabe asumir aquí que muchos actores de ese drama forense intentarán, al día siguiente de promulgarse la codificación, de interpretarla y hacerla funcionar con los viejos cánones formalmente modificados o sustituidos. Tal inercia es connatural al ser humano. No cabe, por cierto, desconocerla, aunque corresponda —por supuesto— superarla.

Néstor Pedro Sagüés

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

Órgano principal y autónomo de la Organización de Estados Americanos (OEA), cuyo mandato es promover la observancia y defensa de los derechos humanos en la región y actuar como órgano consultivo de la OEA en la materia, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 106 de la Carta de la OEA y 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La organización, estructura y funcionamiento actual de la Comisión Interamericana se rigen por el Estatuto de la CIDH, aprobado por la Asamblea General de la OEA a propuesta de la propia Comisión, y el Reglamento de la CIDH que, con base en aquél, ella misma expide. El 1o. de agosto de 2013 entró en vigor una nueva e importante reforma que adelantó la CIDH a su Reglamento, políticas y prácticas, después de un amplio y participativo mecanismo de consulta a Estados, víctimas, organizaciones defensoras de derechos humanos, expertos y otros sectores de la sociedad civil, en el marco de un proceso de fortalecimiento.

La Comisión Interamericana fue creada en 1959 por resolución de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile, y empezó a funcionar en 1960. Tiene su sede en Washington, Estados Unidos. Junto con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, instalada en 1979 y con sede en San José, Costa Rica, son los dos órganos base del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Mientras que el mandato de la Comisión Interamericana comprende todos y cada uno de los 35 Estados miembros de la OEA, el de la Corte Interamericana abarca aquellos países que han ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, además, han reconocido la jurisdicción de la propia Corte (en la actualidad 20 Estados, de los 23 que son parte de la Convención). Lo anterior es así en virtud de que la Comisión Interamericana es, como se indicó, un órgano de la propia OEA, previsto en la Carta respectiva, en tanto que la Corte Interamericana es un órgano creado por decisión de los países parte de la Convención Americana.

I. Integración y estructura. La CIDH está integrada por siete miembros independientes que son elegidos por la Asamblea General de la OEA a título individual, debiendo ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos. El pleno de la Comisión repre-

senta al conjunto de Estados miembros de la OEA, por lo que sus miembros no representan a sus países de origen o residencia; incluso, sus miembros no pueden participar en la discusión, investigación, deliberación o decisión de un asunto sometido a la consideración de la Comisión que involucre al Estado del cual son nacionales. La duración del periodo de sus miembros es de cuatro años, renovables una sola vez por otro periodo. Si ocurriera alguna vacante antes de la conclusión del periodo, la misma es cubierta por el Consejo Permanente de la OEA.

La directiva de la Comisión está compuesta por un presidente o una presidenta; un primer o primera vicepresidente, y un segundo o segunda vicepresidente, con un mandato de un año, quienes pueden ser respectivamente reelegidos o reelegidas una sola vez en cada periodo de cuatro años.

Para adelantar sus labores de promoción y protección de los derechos humanos, la CIDH se organiza en relatorías de país y de carácter temático, cada una a cargo de sus diferentes miembros en lo individual. La consolidación de los enfoques especializados de sus diferentes relatorías temáticas, varias de las cuales derivan de resoluciones emitidas por la Asamblea General de la OEA, ha permitido a la Comisión identificar, estudiar y emitir recomendaciones a los Estados miembros en los principales temas que conforman la agenda internacional en la materia, algunos de los cuales, si bien permanecían invisibles en las políticas públicas y el ámbito normativo de los Estados, afectaban una variedad de derechos fundamentales de poblaciones, comunidades, grupos y personas históricamente sometidos a discriminación. Para febrero de 2014 existen las siguientes ocho relatorías temáticas: Derechos de los pueblos indígenas; Derechos de las mujeres; Derechos de las y los migrantes; Derechos de niñas, niños y adolescentes; Derechos de defensoras y defensores de derechos humanos; Derechos de las personas privadas de libertad; Derechos de las personas afrodescendientes y contra la discriminación racial, y Derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex. Asimismo, hay una Unidad sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Finalmente, hay una Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, a cargo de una persona de tiempo completo seleccionada a través de concurso público por la CIDH.

Para el cumplimiento de sus funciones, la CIDH cuenta con el apoyo legal y administrativo de su Secretaría Ejecutiva, la cual se encarga de coordinar al personal profesional y de apoyo, así como preparar los proyectos de informes, resoluciones, estudios y otros trabajos que le encomiende la Comisión o quien la presida. Asimismo, la Secretaría Ejecutiva recibe y da trámite a la correspondencia y las peticiones y comunicaciones dirigidas a la Comisión.

II. Funciones. En cumplimiento de su mandato de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en las Américas, la CIDH:

a) Recibe, analiza e investiga peticiones individuales en que se alegan violaciones de derechos humanos, tanto respecto de Estados miembros de la OEA que han ratificado o se han adherido a la Convención Americana y que les es aplicable, como de aquellos Estados que aún no la han ratificado, a los cuales se les aplica primordialmente la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Hasta diciembre de 2013 ha recibido varias decenas de miles de peticiones, que se han concretado en más de 20,000 casos procesados

o en sustanciación. Sus informes de admisibilidad y fondo pueden consultarse en la página *web* de la Comisión, así como una referencia a los mismos en sus *informes anuales*.

b) Recomienda a los Estados miembros de la OEA la adopción de medidas que contribuyan a la protección de los derechos humanos en los países del hemisferio, ya sea con motivo de sus informes de fondo en casos individuales o a través de sus informes temáticos o de país.

c) Presenta casos ante la Corte Interamericana, con base en el art. 61 de la Convención, cuando determinado Estado, habiendo reconocido la jurisdicción de la propia Corte, no cumple con las recomendaciones de la Comisión en los respectivos informes de fondo, compareciendo ante la Corte durante la tramitación y consideración de los casos.

d) Solicita opiniones consultivas a la Corte Interamericana, en conformidad con lo dispuesto en el art. 64 de la Convención Americana.

e) Recibe y examina comunicaciones en las que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, en conformidad con el art. 45 de dicho instrumento.

f) Solicita a los Estados miembros que adopten medidas cautelares con base en lo dispuesto, entre otros, en los arts. 106 de la Carta de la OEA, 41.b de la Convención Americana, 18.b del Estatuto de la CIDH y 25 de su Reglamento, para prevenir daños irreparables a los derechos humanos en casos graves y urgentes (al efecto, la Comisión recibe generalmente más de 450 solicitudes de medidas cautelares cada año). Asimismo, en conformidad con lo dispuesto en el art. 63.2 de la Convención Americana, puede solicitar que la Corte Interamericana disponga la adopción de "medidas provisionales" en casos de extrema gravedad y urgencia para evitar daños irreparables a las personas, aunque el caso aún no haya sido presentado ante la Corte.

g) Observa la situación general de los derechos humanos en los Estados miembros y publica informes especiales sobre la situación existente en alguno de ellos, cuando lo considera apropiado; ha publicado al 31 de diciembre de 2013 más de sesenta.

h) Celebra audiencias públicas y reuniones de trabajo con Estados, víctimas, organizaciones defensoras, expertos y otros sectores de la sociedad civil (generalmente, más de cien cada año) en el marco de sus periodos de sesiones, ya sea que se encuentren relacionadas con alguna petición o caso individual, o bien para abordar alguna situación de carácter general, además de emitir comunicados de prensa (aproximadamente, más de 100 cada año).

i) Realiza observaciones *in loco* en el marco de alguna visita a un Estado miembro, previa anuencia o invitación del gobierno respectivo, para llevar a cabo análisis en profundidad de la situación general y/o investigar una situación específica (al 31 de diciembre de 2013, la Comisión había realizado 93 visitas). En general, estas visitas dan lugar a la preparación de un informe sobre la situación de los derechos humanos que sea observada, el cual es publicado y presentado ante el Consejo Permanente y la Asamblea General de la OEA.

j) Estimula la conciencia pública respecto de los derechos humanos en las Américas. Al efecto, la Comisión lleva a cabo y publica informes sobre temas específicos, además de rendir su informe anual ante la Asamblea General de la OEA.

k) Organiza y celebra visitas, conferencias, seminarios y reuniones con representantes de gobiernos, instituciones académicas, organizaciones defensoras de derechos humanos y otros, con el objetivo principal de divulgar información y fomentar el conocimiento amplio de la labor del sistema interamericano de derechos humanos.

Al respecto, es frecuente distinguir entre las funciones de promoción y las de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión Interamericana, si bien ambas funciones se encuentran interrelacionadas en la práctica. En cuanto a los mecanismos de protección de los derechos humanos con los que cuenta la Comisión, cabe distinguir, por una parte, entre el sistema de peticiones y casos individuales, el otorgamiento de medidas cautelares o la solicitud de medidas provisionales a la Corte, a través de los cuales se protege a personas individuales que hayan sido víctimas de alguna violación a sus derechos humanos o estén en riesgo de que se les violen, y, por otra, la labor de monitoreo de la situación de los derechos humanos en los países de la región que realiza la Comisión, mediante la cual se protege generalmente a un conjunto de personas que encuadran en algún tipo de situación. Entre los mecanismos específicos de protección al ejercer su labor de monitoreo, la Comisión celebra audiencias públicas y reuniones de trabajo; formula observaciones *in loco*, con motivo de visitas realizadas a alguno de los países miembros de la OEA; solicita información a los Estados; elabora informes anuales, temáticos o de país, y emite comunicados de prensa.

J. Jesús Orozco Henríquez

Comisiones de investigación parlamentaria

Las comisiones de investigación o comisiones de encuesta son órganos especiales y temporales del Parlamento —bien de una de sus cámaras, o de ambas—, cuya finalidad es la inspección de un determinado asunto de interés público, para lo cual gozan de potestades extraordinarias —de las que se desprende su carácter especial—. Los resultados de la investigación, como los de otros controles parlamentarios, no producen principalmente efectos jurídicos, sino más bien de carácter político.

Aun cuando existieron prácticas parlamentarias anteriores, los primeros textos constitucionales en los que se puede encontrar esta facultad parlamentaria son la Constitución de Bélgica (1830), el texto constitucional de Prusia (1850) y la Constitución de la República de Weimar (1919). Estas comisiones pasaron a formar parte de la mayoría de las Constituciones de la posguerra de 1945 o se incorporaron a otras mediante reformas, a partir de ese momento.

En los sistemas romano-canónico-germánicos la institucionalización de las comisiones de investigación tiene, en general, un carácter de órganos *ad hoc*, de tal manera que se constituyen específicamente para indagar un asunto en concreto y sólo es a ellas a quienes se encuentran otorgadas potestades ex-

traordinarias para la consecución de sus objetivos, aun cuando no se prohíbe la atribución de poderes de investigación a una comisión permanente.

En el modelo anglosajón del *Common Law* la situación es diferente. En Inglaterra, independientemente de la existencia de comisiones especiales que se encuentran diferenciadas de las comisiones permanentes, la realidad es que dentro de las de carácter especial se incluyen a las comisiones relacionadas con los departamentos gubernamentales que permanecen a lo largo de toda la Legislatura —no por un tiempo específico— y que poseen las potestades especiales de investigación para citar personas y requerir documentos e informes.

En Estados Unidos, en un principio, el Congreso condujo investigaciones sólo a través de comisiones especiales, pero en 1827 una de carácter permanente fue habilitada para requerir testigos y documentación. El que aquellas de carácter especial hubieran sido preferidas por muchos años para esta actividad, se explica en parte por la sensación de que, al menos en algunas instancias, se podían esperar resultados más objetivos y profundos, a que si la investigación la llevara una de carácter permanente, por las relaciones cercanas que estas últimas mantienen con el Ejecutivo o con las organizaciones privadas a investigar.

En la práctica, existen aspectos claves que determinan en mayor o menor proporción el éxito de las indagaciones.

Así, en la mayoría de los ordenamientos se establece como derecho de la oposición gubernamental la solicitud de conformación de estos órganos, estableciendo como requisito que sea presentada por un porcentaje específico de parlamentarios. Ello permite el acceso en primera instancia de los grupos minoritarios, que no es lo mismo que de todos los grupos minoritarios, pues en algunos casos tendrá que existir un acuerdo entre los mismos para poder alcanzar dichos porcentajes.

La segunda etapa de estas comisiones se presenta al acordar la creación de las mismas. En casi la totalidad de los ordenamientos queda en manos de la mayoría aprobar la conformación de las comisiones investigadoras, siendo únicamente Alemania, Grecia y Portugal los países en donde las minorías poseen el poder de decisión.

Respecto a la composición de estos órganos parlamentarios de investigación, la regla general se basa en los principios de proporcionalidad y representación, procurando que se encuentren representados todos los grupos parlamentarios, pero conservando estos representantes el peso que poseen en los Plenos para la toma de decisiones.

Así, si bien el derecho a solicitar la constitución de comisiones investigadoras corresponde a las minorías, éste se ve mermado por la facultad de las mayorías a negarse a conformarlas. Si bien en la composición de las mismas se encuentran representados todos los grupos parlamentarios, las fórmulas para la toma de decisiones deja ésta en manos de la mayoría.

Derivada de su carácter excepcional, la función de investigación del Parlamento no es considerada de carácter permanente y continuada, sino temporal.

Aspecto esencial de las comisiones de investigación es el relativo a su objeto, es decir, al asunto que se investigará, así como los límites materiales que tendrán. Como primer punto, la investigación se debe dirigir hacia hechos ciertos y concluidos; es decir, se trata de un control *ex post facto*.

Nuevamente las legislaciones presentan un abanico de posibilidades, que van desde el silencio constitucional respecto al objeto, hasta una amplitud tal como "cualquier asunto que la Asamblea les encomiende" (Costa Rica). Es el modelo italiano, relativo a que el objeto es cualquier asunto de interés público, el que tiene mayor aceptación dentro de la doctrina.

Si bien ya se ha señalado el carácter especial de las comisiones de investigación, debido a su propia naturaleza, así como delimitado el objeto que podrá abordarse en sus trabajos, todo ello se materializa en el funcionamiento de las mismas. A lo largo del procedimiento se cristalizan los enfrentamientos mayorías-minorías; el dilema respecto a la publicidad de sus sesiones o el secreto de éstas; las colisiones entre facultades de investigación-derechos fundamentales, así como los acercamientos y erróneas confusiones entre Poder Legislativo-Poder Judicial.

Estos órganos parlamentarios son el medio extraordinario con el cual cuentan las cámaras para realizar la supervisión respectiva, y este carácter especial se apoya en los poderes que les son otorgados.

En este sentido, los legisladores han determinado a nivel constitucional las facultades que, en su caso, podrán desarrollar los órganos parlamentarios de investigación. Nuevamente, la decisión de los legisladores en el derecho comparado ha seguido diversos caminos. Se considera que un grado mínimo de facultades estaría representado por la capacidad de hacer comparecer para declarar a cualquier persona involucrada en el asunto (España, Dinamarca, Islandia, Costa Rica, Venezuela) —aunque, claro está, existen ordenamientos constitucionales como el mexicano que no alcanzan este grado mínimo—, y el grado máximo se alcanzaría en aquellos ordenamientos que equiparan las facultades de estos órganos a las que posee la autoridad judicial (Alemania, Brasil, Italia, Portugal) —peritajes, inspecciones oculares, reconstrucción de hechos, registros domiciliarios, intervención de correspondencia o comunicaciones, entre otras—.

Las conclusiones de las comisiones de investigación no pueden establecer sanciones; el resultado no es vinculante para el gobierno ni para alguna otra autoridad o individuo, ya que carecen de consecuencias jurídicas.

Como control parlamentario, su principal efecto resulta en el mismo desarrollo de la investigación, no en sus consecuencias formales, del que se desprenderá la responsabilidad difusa de los involucrados.

Lo que sí cabe, y de esta manera la mayoría de los ordenamientos lo regula, es la comunicación del resultado de la investigación al órgano involucrado, o a su superior cuando lo tenga, para que tome las medidas correctoras que procedan; así como al Ministerio Público cuando de los hechos indagados se puedan desprender probables acciones ilícitas para que, en su caso, las valore y tome en cuenta. Además, en materia de responsabilidad política, el mismo Congreso es el encargado de desplegar los mecanismos de *impeachment,* juicio

político, moción de censura o acusación constitucional, por lo que perfectamente podría desprenderse de las conclusiones aprobadas de una comisión de investigación el accionar de alguno de estos mecanismos.

Pablo Abreu

Competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) consiste en la jurisdicción de este tribunal internacional para conocer los casos que le someta a su conocimiento la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) o, en su caso, el Estado parte.

Para que la Corte IDH pueda ejercer su jurisdicción contenciosa con carácter obligatorio y general, se requiere que el Estado concernido haya ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y, asimismo, haya declado que reconoce la competencia de dicha Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

La competencia contenciosa de la Corte IDH tiene cuatro presupuestos determinantes: en razón de la materia (*ratione materiae)*, en razón del tiempo (*ratione temporis)*, en razón del lugar (*ratione loci)*, y en razón de la persona (*ratione personae)*. En este sentido, la Corte IDH es competente en razón de la materia, en general, en casos relativos a las violaciones a los derechos humanos reconocidos en la CADH o en cualquier otro tratado que le refiera dicha comoetencia (por ejemplo, Protocolo Adicional a la CADH en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o "Protocolo de San Salvador", y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de "Belém do Pará"). En razón del tiempo, la Corte IDH sólo es competente para conocer de los hechos que potencialmente constituyan violaciones a derechos humanos ocurridos a partir del momento de la ratificación de la CADH y, en general, hasta el momento en el que se materialice la denuncia de dicho instrumento. En cuanto a la razón del lugar, la Corte IDH es competente para conocer de las violaciones imputables a la jurisdicción del Estado, ya sea dentro de su territorio o fuera de él. Finalmente, la competencia para conocer de violaciones a los derechos humanos se refiere a las personas naturales (humanas) determinadas o determinables, incluidas las violaciones a personas jurídicas que repercuten en personas humanas (por ejemplo trabajadores de un sindicato, integrantes de un partido político, directivos y accionistas de una empresa, miembros de una cooperativa, etcétera).

La competencia contenciosa de la Corte IDH requiere que previamente una petición presentada ante la CIDH sea decidida mediante un informe de fondo con las conclusiones sobre las violaciones a la CADH y las recomendaciones reparatorias. Si dentro de los tres meses siguientes la situación no se ha solucionado en el mejor interés de la víctima, la CIDH podrá enviar el caso a la Corte IDH. En esta nueva etapa judicial internacional, las víctimas se incorporan con legitimación propia mediante un escrito autónomo de solicitudes, argumentos y pruebas, el cual, a su vez, debe ser respondido por el

Estado demandado. Luego de las pruebas, la audiencia y las conclusiones, el proceso ante la Corte IDH termina con una sentencia definitiva e inapelable mediante la cual, cuando decida que hubo violación de un derecho protegido en la CADH, dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho conculcado y dispondrá, asimismo, de ser procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la víctima.

La competencia contenciosa se distingue de la competencia "consultiva" de la Corte IDH, la cual no tiene por objeto la resolución jurisdiccional de un caso relativo a la presunta violación a un derecho humano de la víctima, sino que con ella se pretende una opinión consultiva sobre la interpretación abstracta: *a)* de alguna o algunas disposiciones de la CADH u otro tratado concerniente a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, o *b)* la compatibilidad entre cualquiera de las leyes internas de un Estado miembro de la OEA y los mencionados instrumentos internacionales.

Carlos Ayala Corao

Competencia por cuantía

En virtud de la poca importancia de los litigios a resolver, casi todas las jurisdicciones estatales cuentan con juzgados de mínima cuantía, también denominados juzgados de paz, los cuales resuelven las controversias bajo procedimientos más sencillos y rápidos, privilegiando la economía procesal. El juez goza de facultades para actuar como un amigable componedor y se puede convertir en un juez de equidad, más que un juez de derecho. La competencia se determina con base en el valor económico del asunto planteado. En el orden local, como en el federal, se regula por las leyes orgánicas del Poder Judicial, dentro de las que se encuentra determinada y actualizada la cantidad mínima de un asunto litigioso para ser sometido ante los jueces del orden común de primera instancia. Si dicha cantidad resulta menor del mínimo fijado en las leyes orgánicas el asunto deberá someterse ante los jueces de mínima cuantía.

La competencia por cuantía también se utiliza para las materias penales y se determina por la naturaleza de la pena (no privativa de libertad) o por un máximo en años (pena máxima) de las sanciones privativas de libertad.

Carina X. Gómez Fröde

Competencia por grado

Este criterio presupone los diversos escalones o instancias del proceso en razón de que los tribunales se encuentran organizados jerárquicamente. Ante el juez del orden común se promueve el proceso jurisdiccional, desde la presentación de la demanda hasta la sentencia definitiva, con lo cual concluye la primera instancia. La segunda instancia o segundo grado se desarrolla ante magistrados de mayor jerarquía ante los cuales se revisa la legalidad del proceso. La determinación de competencia por grado significa cada una de las instancias que puede tener un juicio (E. Pallares), o bien el número de juzgamientos de un litigio. También se hace referencia al "grado de jurisdicción"

como el lugar que ocupa un órgano jurisdiccional en el orden jerárquico de la administración de justicia (De Pina); o sea, se emplea la palabra grado como sinónimo de instancia.

El sector mayoritario de la doctrina procesal se ocupa de la competencia funcional, como la aptitud de un órgano judicial de conocer de los pleitos en primera —órganos inferiores— o en ulterior instancia —órganos superiores— (desde Wach, pasando por Kisch, Carnelutti, Calamandrei, Rosenberg, Devis Echandía, E. Pallares).

Carina X. Gómez Fröde

Competencia por materia

Las materias clásicas del derecho subjetivo contenido en nuestras legislaciones eran proyectadas hacia las jurisdicciones estatales encargadas de resolver litigios civiles, penales, mercantiles, laborales, administrativos y de amparo. Sin embargo, ya a finales del siglo pasado han emergido con fuerza nuevas ramas del gran árbol que constituye la teoría general del proceso. Éstas son, entre otras, las siguientes: derecho procesal constitucional, derecho procesal internacional, derecho procesal electoral, derecho procesal fiscal, derecho procesal familiar, derecho procesal militar, derecho procesal marítimo o aéreo, derecho procesal agrario o derecho procesal ambiental, derecho procesal de las telecomunicaciones, derecho procesal del deporte. Una razón poderosa para explicar este fenómeno radica en el hecho de que nuestras sociedades contemporáneas tienen un mayor reto al tratar de resolver, cada vez con mayor frecuencia, controversias con un alto grado de complejidad, que requieren de una mayor especialización y capacitación, tanto de jueces como de abogados. El criterio para determinar la competencia por materia ha sido consecuencia del desarrollo y evolución de las jurisdicciones del Estado, en virtud de la aparición de tribunales especializados.

La especialización lleva a determinar los diversos ámbitos o esferas de competencia jurisdiccional, los cuales dependen de la estructura del régimen político, del lugar en donde dicha función jurisdiccional se desenvuelva. En un régimen federal coexisten, junto con órganos judiciales federales, órganos judiciales locales cuyas competencias por materia se distribuyen dependiendo de la rama del derecho material de que se trate, ya sea controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, amparos, litigios penales, civiles, familiares, administrativos, fiscales, laborales, fiscales, militares, de derecho burocrático, agrarios. La división de la competencia se da en función de la materia, es decir, en razón de las normas jurídicas sustantivas que deberán aplicarse para dirimir o solucionar la controversia, conflicto o litigio, presentado a la consideración del órgano respectivo.

La competencia por materia es el criterio que se establece en razón de la naturaleza jurídica del conflicto objeto del litigio (Carnelutti); o por razón de la naturaleza de la causa, de las cuestiones jurídicas que forman parte del litigio que será sometido a proceso (E. Pallares, Liebman); o es la que se atribuye según las diversas ramas del derecho sustantivo (Becerra Bautista).

Carina X. Gómez Fröde

Competencia por territorio

La competencia de los tribunales con base en su territorio implica una división geográfica del trabajo determinada por circunstancias y factores de tipo geográfico, demográfico, económico y social. En los estados de la Federación se encuentran distribuidas las circunscripciones territoriales; por ello, la Ley Orgánica del Poder Judicial de cada estado de la República y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación organizan y distribuyen dentro del territorio los partidos judiciales, las fracciones judiciales o los distritos judiciales. La cabecera del partido, distrito o fracción se encuentra situada en la población más importante y mejor comunicada del grupo de municipios que integran dicho partido, distrito o fracción.

Existen órganos, como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que en materia territorial gozan de competencia sobre todo el territorio de la República. Por el contario, en un orden jerárquico descendente, dentro del Poder Judicial existen juzgados que sólo tienen esa competencia territorial dentro de un pequeño municipio o delegación de policía. Son los jueces de mínima cuantía o importancia, también denominados jueces de paz.

Para Fernando Flores García el concepto de territorio no se restringe a la "costra terrestre", sino que abarca el subsuelo, la superficie terrestre, una columna del espacio aéreo hasta los límites de los recientes descubrimientos astronáuticos. Por otro lado, en planos internacionales se comprenden otras instituciones como el mar jurisdiccional, la plataforma continental, el zócalo submarino. Existe el denominado principio de extraterritorialidad; cuando el territorio se extiende al espacio que ocupan las embajadas, legaciones, ubicadas en el extranjero; así como el de naves y aeronaves nacionales.

La competencia en razón del territorio puede ser modificada por motivos que determinan la conveniencia de que el proceso se promueva ante un juez distinto, al que primeramente se consideraba competente en razón del territorio. Dichos casos se presentan cuando hay litispendencia, conexidad o por voluntad y acuerdo de las partes en someterse a un juez dentro de un territorio distinto al que legalmente les pudiera haber correspondido.

Carina X. Gómez Fröde

Concepto de violación (amparo mexicano)

Los conceptos de violación constituyen un requisito esencial para la presentación de la demanda de amparo (arts. 108, frac. XVIII, y 175, frac. VII, de la Ley de Amparo), pues son las manifestaciones razonadas que el quejoso debe exponer en contra de los motivos y fundamentos del acto reclamado; es decir, en los conceptos de violación se deben expresar las contravenciones que existen entre el acto desplegado por la autoridad responsable, que se considera inconstitucional o inconvencional, y los derechos fundamentales contenidos en la Constitución o el tratado internacional.

Históricamente, la Suprema Corte de Justicia mexicana consideró que el concepto de violación debía presentarse como un verdadero silogismo, siendo la premisa mayor el precepto constitucional violado, la premisa menor el acto

de autoridad reclamado, y la conclusión las razones que consideraban inconstitucional dicho acto.

En la actualidad la propia Corte abandonó ese criterio, y en una nueva reflexión consideró que la elaboración de los conceptos de violación no requiere de una actividad tan rígida y solemne como el silogismo jurídico, pues basta que en la demanda de amparo se establezca la causa de pedir, para que el juez de amparo proceda a analizarlo; esto es, solamente es necesario señalar cuál es la lesión o agravio que el quejoso estima le causa el acto, resolución o ley impugnada, y los motivos que originaron ese agravio, para que el juez proceda a su estudio.

En razón de las violaciones en las que puede incurrir la autoridad que emite el acto reclamado, la doctrina procesal constitucional ha desarrollado una clasificación trifásica de los conceptos de violación, siendo éstos de carácter procesal, formal y de fondo.

Los *conceptos de violación procesales* son aquellos en los que se plantean infracciones relacionadas con la ausencia de presupuestos procesales, o bien infracciones de carácter adjetivo que se hayan cometido en la sustanciación del proceso que originó el acto reclamado. Por su parte, *los conceptos de violación formales* plantean violaciones de índole adjetiva, cometidas en todos los casos, al momento de pronunciarse la determinación reclamada, sea ésta una determinación interlocutoria, un auto, una sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio; estas violaciones se refieren a vicios concernientes al continente de dicha resolución. Finalmente, los *conceptos de violación de fondo* son aquellos en los que se combaten las consideraciones del acto reclamado relacionadas con las cuestiones sustanciales objeto de la litis principal.

La técnica del juicio de amparo obliga a realizar el estudio de los conceptos de violación con la prelación establecida en el párrafo que antecede, es decir, primeramente se deben analizar los conceptos de violación relacionados con cuestiones procesales, después las formales y, finalmente, los relacionados con el fondo del asunto; así, dependiendo de cuál de ellos resulte fundado, serán los efectos que deban darse a la protección constitucional.

No obstante lo anterior, la doctrina jurisprudencial mexicana ha considerado que en el estudio y valoración de los conceptos de violación debe prevalecer el principio de mayor beneficio; esto implica analizar en primer orden el concepto de violación que sea de mayor trascendencia para el sentido del acto reclamado, porque de resultar fundado, los efectos del amparo le producirían mayores beneficios al quejoso, evitando con ello el estudio de otros conceptos de violación que aunque sean fundados no superan el beneficio que obtendrá el promovente, independientemente de que éstos sean procesales o sobre constitucionalidad de normas generales (debe precisarse que en México, a través del amparo, se permite la impugnación a *posteriori* de normas de carácter general).

Por ejemplo, si en un juicio de amparo en materia penal resultan fundados conceptos de violación de tipo formal (indebida preparación de una prueba pericial) y de fondo (no acreditación de uno de los elementos del cuerpo del delito), el juez de amparo deberá conceder la protección constitucional por considerar fundado el concepto de violación de fondo, por otorgarle

mayores beneficios al quejoso, dado que en este supuesto la concesión del amparo implicará que el juez de la causa considere no acreditado uno de los elementos del cuerpo del delito y, en consecuencia, una inminente absolución del acusado; caso contrario sería si se otorgara el amparo por la violación de tipo formal, pues en este supuesto los efectos serían una eventual reposición del procedimiento.

La finalidad del principio de mayor beneficio es satisfacer en su integridad el derecho fundamental de acceso real, completo y efectivo a la administración de justicia previsto en el art. 17 de la Constitución mexicana, pues se busca dejar de retardar la satisfacción de ese derecho fundamental con apoyo en tecnicismos legales, de tal suerte que se resuelva en menor tiempo y en definitiva el fondo de los asuntos.

Existen algunos casos de excepción en los que no se exige la formulación de conceptos de violación. Dichos casos se actualizan siempre y cuando, de conformidad con la Ley de Amparo, sea procedente la suplencia de la queja.

Daniel Álvarez Toledo

Conflicto de competencia entre órganos estatales

A diferencia de otras normas, la Constitución pretende la regulación del poder político en cuanto elemento fundamental del Estado. Tal ordenación se traduce en los aspectos siguientes: organización, limitación y justificación. El primero atiende a la configuración funcional de los órganos entre los cuales se distribuye la tarea estatal —estructura, atribuciones y competencia—. El segundo refiere las esferas de libertad que se reconocen al individuo (derechos fundamentales) que no pueden afectarse por la autoridad. El tercero se vincula con los objetivos del poder, no *per se,* sino en función del cumplimiento de los fines estatales (Fernández Ruiz). Los tres pilares básicos de la estructura constitucional. Si el poder constituyente fija la competencia de los poderes constituidos, éstos se encuentran imposibilitados para actuar fuera de los límites estrictos que se les imponen. De ahí que la competencia sea la medida de la jurisdicción del Estado —poder que se tiene para gobernar y poner en ejecución las leyes o para aplicarlas: el espacio de la titularidad de la función pública que corresponde a cada órgano, asignado en la propia Constitución—. Sin embargo, como examinan los especialistas: no todas las asignaciones de competencia, hoy día, parten y se establecen en la Constitución. Si bien todas deben ser congruentes con ella.

La congruencia o no con la Constitución será el parámetro a partir del cual se juzgue la validez de una norma o de un acto. La incongruencia que da lugar a que una norma o acto sea inválido puede ser formal o material. En el primer caso, significa que la norma o acto no se produjo de acuerdo con los procedimientos previstos. En el segundo, que el contenido de la norma, la conducta ordenada o prohibida, o bien el acto, son contrarios al contenido de la Constitución (Schmill Ordoñez). Para el análisis formal es necesario revisar que el órgano sea competente para emitir el acto o la norma que se reclama, *a la luz* de la división de competencias establecidas en el pacto federal y el "prin-

cipio de división de poderes", para después examinar si, siendo competente, en la emisión de la norma o en la ejecución del acto se cumplieron los procedimientos previstos para tales efectos, y así, finalmente, analizar si el contenido de la norma o la conducta realizada son congruentes con las disposiciones constitucionales.

En esta medida, sólo a través de actos positivos se puede configurar una invasión de competencias, ya que una abstención u omisión podrán tener efectos indeseables, pero nunca implicarán que un órgano de un nivel de gobierno o poder ejercite atribuciones que son propias de otro. Más aún, la invasión o restricción de competencias debe producir un grado de afectación, de rango constitucional, para que sea susceptible de impugnación (Gudiño Pelayo). Si bien la Suprema Corte mexicana, mediante criterio interpretativo, sostiene una opinión diversa. Ésta se comparte por autores de otras latitudes, que afirman que la indebida asunción de atribuciones, producto de la pasividad de un órgano, puede producir un conflicto negativo de competencias (Nogueira Alcalá).

La amplitud o anfibología en la determinación y asignación de competencias de las cortes supremas o tribunales constitucionales obedece tanto a lo complejo del sistema de distribución de algunas cartas constitucionales, como a la vigencia de fórmulas genéricas de contenido indeterminado, principios, valores e incluso aspiraciones que en ellas se incorporan, los que de forma constante se actualizan y reformulan según los parámetros de interpretación de los tribunales o cortes, por virtud de los cuales atribuyen significados mudables a los contenidos constitucionales. Y es que como encargados de la interpretación constitucional de última instancia, sostienen que ellos fijan y amplían su ámbito de competencia, postura que no se comparte (Huerta Ochoa, en sentido similar). En un Estado constitucional de derecho todas las facultades de los órganos están limitadas; las normas fundamentales establecen los procedimientos y competencia para delimitarlos, para racionalizar el poder.

Si la competencia constituye la esfera de atribuciones y facultades que la Constitución señala para cada órgano originario del Estado, ninguno puede producir actos de afectación con mandamientos que correspondan a la esfera de otro, pues de hacerlo así se produciría un conflicto competencial en cualquiera de los diversos órdenes jurídicos parciales: federal, estatal, del Distrito Federal o municipal —en contraposición al orden constitucional total—. De ahí que toda trasgresión al esquema de distribución de competencias sea, por definición, "un conflicto constitucional". Y si el conflicto es de esta índole, es porque se ha subvertido la regularidad constitucional, por lo que se necesita otro órgano dotado de competencia para resolverlo. A tal fin sirve la controversia constitucional en México, que tiene como finalidad la defensa de las esferas competenciales de los órganos frente a otros órganos, del mismo o de distinto orden normativo.

Sin embargo, resulta determinante establecer si un conflicto entre órganos afecta o no un ámbito competencial previsto en la Constitución federal para determinar si corresponde su atención y resolución a la Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional, o si es un conflicto competencial entre órganos que corresponda resolver al Senado de la República por medio de

la *cuestión política*, mecanismo de control que deriva de la tesis norteamericana de las *political questions* o cuestiones políticas no justiciables, que las define esencialmente como juicios de competencia y no de fondo. Vale recordar que en México, el control político de la Constitución se ha atribuido al Senado de la República mediante la resolución de "cuestiones políticas" y la "desaparición de poderes", y al Congreso general por conducto de sus dos cámaras tratándose del "juicio político". El control de la regularidad constitucional, en tanto, corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y a otros tribunales federales mediante garantías constitucionales de índole jurisdiccional.

Así, los conflictos competenciales de orden constitucional en general se resolverán por órganos jurisdiccionales o políticos, acorde con el sistema de control constitucional imperante en cada país, que puede ser *concentrado, difuso* o *mixto*, en sede política o en sede jurisdiccional, y en cuanto a sus efectos: de índole concreta (de actos) o abstracta (de normas) y con efectos particulares o generales.

Cuando la Suprema Corte mexicana se erige en tribunal constitucional, en términos similares al "sistema europeo o español", para conocer de conflictos competenciales en controversias constitucionales sobre actos y normas generales, y de leyes en acciones de inconstitucionalidad (mención genérica), el mismo se concentra, pues tanto la interpretación de la Constitución como las declaratorias generales de inconstitucionalidad le están reservadas como facultad exclusiva. Sin embargo, los tribunales dependientes del Poder Judicial de la Federación también pueden decretar inconstitucionalidad de leyes y actos con efectos particulares, por lo cual el sistema de control se convierte en *mixto,* dada la multitud de órganos que lo ejercen. Aunado a este esquema, hoy día, el sistema observa mayor amplitud protectora que antes, pues el resto de los jueces del país, de forma incidental, pueden inaplicar normas inferiores durante los procesos ordinarios en los que son competentes, y dar preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia, en términos similares al "sistema difuso o norteamericano".

Eréndira Salgado

Conflictos socio-ambientales

La palabra conflicto proviene del latín *conflictus*, y según el *Diccionario de la Lengua Española* significa —entre diversas acepciones— combate, lucha, pelea, enfrentamiento armado, apuro, problema, cuestión, materia de discusión. Diversos autores lo describen como un proceso o una situación donde intervienen diferentes entes (dos o más) que están opuestos o que se confrontan. Paralelamente, una considerable cantidad de trabajos académicos que abordan esta noción se enfocan a analizar la participación del Estado como el ente que *a*) crea directa o indirectamente el conflicto o simplemente no lo previene al interior de su territorio; *b*) participa en la resolución de los mismos a través de diferentes figuras jurídicas e instancias diversas, ya sea desde el gobierno mismo o desde sus instituciones u órganos jurisdiccionales (administrativos o judiciales); *c)* defiende su territorio y soberanía ante confrontaciones o agresiones externas, y *d*) coopera o colabora con otros Estados para enfrentar conflictos

derivados de temas globales o regionales de interés común para la humanidad en el ámbito internacional.

Aunque en la expresión compuesta de *conflicto socio-ambiental* también se examina la participación del Estado, no siempre se alude a este último. Es lógico suponer que por definición todo conflicto social esté constituido por un elemento de este tipo que le es inseparable y cuya materialización tiene lugar sólo en el ámbito de lo público. Sin embargo, cuando se agrega la dimensión ambiental, además de la controversia entre dos o más actores sociales y de la participación del Estado, si es el caso, también se incluye un componente de tipo privado: disputa entre particulares o empresas privadas. Así, el objeto de la confrontación socio-ambiental se refiere a la naturaleza, a los recursos naturales o, en general, al medio natural, en la que pueden intervenir todos los protagonistas arriba mencionados. De aquí que se haya argumentado que la disciplina jurídica que regula los conflictos ambientales —*i.e.* el derecho ambiental— pertenezca al mismo tiempo al derecho público, al derecho privado y al derecho social.

Independientemente del número de tipologías o aproximaciones que se han elaborado desde distintas disciplinas (*e.g.* ciencia política, sociología política, economía ecológica, etcétera) para comprender el significado y alcance de lo que representan los conflictos socio-ambientales, es fundamental que éstos se inserten en un concepto más amplio que es el de crisis ambiental. Éste se define como una situación crítica del ambiente derivada de una serie de alteraciones producidas por los *homo sapiens sapiens* al medio natural, al medio construido y a la salud, bienestar y calidad de vida de los seres humanos como consecuencia de ciertos acontecimientos ocurridos a partir de la relación de interdependencia recíproca que guardan con el ambiente. Tanto la crisis ambiental como el conflicto socio-ambiental poseen una doble naturaleza: son idea y fenómeno a la vez.

Derivado de lo anterior, las controversias o disputas entre diversos actores pueden ser, por un lado, ideológicas o conceptuales, donde prevalecen cuestiones científicas y ético-filosóficas contrapuestas, y por el otro, por sucesos que han ocurrido y que impactan en el ambiente. De modo que, según corresponda, el Estado, los partidos políticos, las organizaciones, los grupos, las comunidades, los pueblos, las naciones, las instituciones públicas, los particulares, las empresas privadas, los individuos (entre otros), pueden actuar como entes exógenos y también como entes endógenos ante las alteraciones al ambiente que se pudieran producir (idea) o las ya producidas (fenómeno). Por ejemplo, para el primer caso —entes exógenos— un grupo ambientalista puede oponerse al interés de un gobierno por elaborar políticas públicas que impulsen los desarrollos turísticos en zonas costeras (idea), o bien luchar junto a una comunidad indígena por las aguas a las que ya no tienen acceso ante la construcción de una presa hidroeléctrica (fenómeno). Para el segundo caso —entes endógenos— las familias de una zona urbana de tipo habitacional pueden objetar o impugnar a un gobierno local un programa en el que se pretenda construir en dicha zona vías rápidas para "agilizar" el tránsito vehicular como única opción al problema de congestionamientos viales (idea), o bien pueden combatir los permisos otorgados por un gobierno local por la cons-

trucción de un rascacielos dentro de esa misma zona habitacional que está ocasionando contaminación visual, auditiva, por olores, vibraciones, tránsito vehicular, cortes de agua, etcétera, afectando directamente a los habitantes de dicha área urbana y zonas contiguas (fenómeno).

César Nava Escudero

Consejo de la Judicatura local

La denominación *Consejo de la Judicatura*, tanto a nivel federal como local, ubica su significado en la necesidad de lograr la consolidación del Poder Judicial, fortalecido en sus atribuciones, independencia, autonomía y eficacia en la función de impartir justicia.

La impartición de justicia, a su vez, como derecho fundamental, exige la búsqueda de mecanismos que garanticen la eficacia del derecho al acceso a la justicia, con los principios que se derivan del art. 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (justicia pronta, completa, imparcial y gratuita), que demanda por tanto se diferencie el desempeño de las funciones administrativas de los tribunales superiores de justicia para facilitar la efectividad de ambas instituciones.

Influenciada por esta idea de pensamiento, mediante Decreto Legislativo 358, publicado en el *Periódico Oficial del Estado Libre y Soberano de San Luis Potosí* el 26 de julio de 2005, la Diputación Permanente de la Quincuagésima Séptima Legislatura reformó la normativa constitucional y legal para crear el *Consejo de la Judicatura* como un órgano del Poder Judicial del Estado de San Luis Potosí, con independencia técnica, de gestión y para emitir sus resoluciones, encargado de las atribuciones administrativas en lo que corresponde a todo tipo de recursos materiales, económicos y humanos; ejerce el presupuesto del propio Poder; tiene a su cargo la carrera judicial, elevar el nivel profesional y garantizar, bajo el más estricto respeto a la dignidad humana, la solvencia moral de jueces; busca que éstos obtengan los beneficios de la carrera judicial y la inamovilidad, con remuneración adecuada a su delicada función. A través del establecimiento de concursos por oposición busca, como método idóneo, la designación, ascenso y adscripción de los funcionarios judiciales, con el único objeto de garantizar la efectividad en la impartición de la justicia. La vigilancia y disciplina son otras de las facultades que desempeña, revisando y supervisando diversos procesos administrativos, como el uso de los recursos, su aplicación, su ajuste a programas y al presupuesto, y vigila el ejercicio de la tarea fundamental de los jueces y el tribunal, que es la de impartir la justicia pronta y expedita al servicio de los gobernados justiciables.

Sin embargo, la función del Consejo de la Judicatura no tiene el alcance de examinar el sentido de las resoluciones jurisdiccionales, aunque sí el desempeño de los jueces, secretarios y actuarios, lo cual sólo puede evaluarse a través de la valoración que se haga de sus actuaciones cotidianas y sustantivas en la instrucción de los procedimientos jurisdiccionales de los procesos de competencia del supremo tribunal de justicia y de los juzgados.

La función de vigilancia y disciplina respecto de los magistrados sólo tiene el alcance y contenido que, por regla general, no pugne con la independencia

y autonomía de los miembros del Poder Judicial, y particularmente con la jerarquía de unos y otros como servidores públicos.

El Consejo de la Judicatura se integra con cuatro miembros, de los cuales uno es el presidente del supremo tribunal de justicia, quien también lo es del Consejo; uno designado por el Congreso del estado; otro por el supremo tribunal de justicia del estado y uno más por el Poder Ejecutivo. Los integrantes designados por los poderes Judicial y Ejecutivo requieren ratificación del Congreso. La duración en el cargo de los consejeros, salvo el del presidente del Consejo, es de cinco años; son sustituidos de manera escalonada y pueden ser reelectos por una sola vez. Los consejeros no representan a quien los designa, por lo que sus funciones son ejercidas con independencia e imparcialidad.

El Consejo funciona en Pleno o en comisiones, que pueden ser permanentes o transitorias. Su composición y número son determinados por el Pleno del propio Consejo y en todo caso existen las de administración y presupuesto, carrera judicial, disciplina, la de adscripción y la de administración del Tribunal Electoral. Sus decisiones plenarias se toman válidamente por mayoría calificada de tres votos.

Para otorgarle firmeza y respetabilidad, las decisiones del Consejo son definitivas e inatacables, salvo las que se refieren a la designación, adscripción, remoción y no ratificación de jueces, las cuales pueden ser recurridas ante el Pleno del supremo tribunal de justicia del estado.

Para ocupar el cargo de consejero, *además* de cumplir con los requisitos exigidos por el art. 99 de la Constitución Política del Estado, a saber: *a)* ser mexicano por nacimiento, y ciudadano potosino en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles; *b)* tener cuando menos treinta y cinco años de edad el día de su nombramiento; *c)* tener al día de su nombramiento, título profesional de licenciado en derecho con una antigüedad mínima de diez años, expedido por autoridad o institución legalmente facultada para ello y acreditar el ejercicio profesional por el mismo tiempo; *d)* gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito que haya ameritado pena privativa de libertad de más de un año; pero si se tratara de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza u otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público, inhabilitará para el cargo, cualquiera que haya sido la pena; *e)* haber residido en el estado durante los dos años anteriores al día de su nombramiento, y *f)* no haber ocupado el cargo de secretario de despacho o su equivalente, procurador general de justicia, diputado local o presidente municipal en el año inmediato anterior al día de su nombramiento.

Es indispensable que su elección sea entre aquellas personas que se hayan distinguido por su eficacia, capacidad, experiencia, honorabilidad y probidad en la impartición de justicia.

Bajo esta perspectiva, resulta de trascendental importancia que quienes son llamados a integrar el Consejo de la Judicatura deben ser profesionales del derecho que cumplan con dichos postulados, porque con independencia de que resulte ser requisito de designación, representa el mecanismo para garantizar que la selección y nombramiento de jueces, secretarios y actuarios recaiga en personas idóneas por haberse distinguido por su capacidad profesional, experiencia y honorabilidad en la impartición de la justicia, lo que a su

vez será garantía de que el establecimiento del Consejo de la Judicatura fue el instrumento más adecuado para hacer efectiva la protección al derecho fundamental de acceso a la impartición de justicia pronta, completa, imparcial y gratuita, exigida por el art. 17 constitucional, y en particular, garante principal en la consolidación al sustento de la misma, basada en el respeto del principio rector del derecho humano a la dignidad de todos sus integrantes, cuya instrumentación ahora encuentra su fundamento en la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, en el nuevo sistema constitucional y convencional bajo el cual debe regirse todo acto de autoridad, que finalmente redundará en pro del objeto y fin de su creación, *una adecuada impartición de justicia.*

Adriana Monter Guerrero

Constitución breve/larga

La diferencia entre una "Constitución breve" y una "larga" radica no tanto en el número de artículos, sino en la "cantidad" y "calidad" de la materia constitucional disciplinada (véase constitucionalismo, Constitución). Las Constituciones breves abordan las competencias y las relaciones entre los órganos constitucionales (por ejemplo, entre el rey y el Parlamento en las Constituciones decimonónicas liberales) y las primeras libertades fundamentales. Las Constituciones largas, constatando la evolución de la sociedad, incluyen también otras formas posteriores de tutela (de las minorías, de las autonomías) y la disciplina de los derechos (tanto de los derechos sociales como de los derechos de tercera generación). Las Constituciones breves (ya superadas, excepto en los Estados Unidos), consideradas más comprensibles para los ciudadanos, que podían llevarlas siempre consigo, según el pensamiento de T. Paine, se prestaban a interpretaciones opuestas. Las Constituciones largas (sobre todo las más recientes) tienden a ser más completas, pues incluyen proclamas ideológicas y normas programáticas

Giorgia Pavani
(traducción de Mercedes Iglesias Bárez)

Constitución convencionalizada

I. Introducción. Las relaciones entre la Constitución nacional y la doctrina del control de convencionalidad. No son siempre pacíficas las conexiones entre una Constitución nacional y la doctrina del "control de convencionalidad", en particular en su versión exigida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Pertrechada bajo el principio de "supremacía constitucional", la Constitución clásica pretendía ser superior a los tratados y convenciones internacionales, de tal modo que si emergía algún conflicto entre éstos y aquélla, primaba la Constitución. El panorama cambia sustancialmente al declinar el siglo XX, dándose ciertas variables diferentes:

a) Por un lado, algunas Constituciones, como las de Guatemala y Venezuela, explicitan que los tratados internacionales sobre derechos humanos

prevalecen sobre el derecho interno (incluyéndose en tal situación a la Constitución), aunque siempre se aplica la cláusula más favorable a la persona, sea constitucional o convencional.

b) Otras Constituciones, como la de Argentina (según su reforma de 1994), confieren rango constitucional a algunas convenciones, como el Pacto de San José de Costa Rica, con lo que parte del conflicto queda disminuido. No todo el problema desaparece, sin embargo, ya que la doctrina del control de convencionalidad parte del supuesto de que la convención sobre derechos humanos prevalece sobre la Constitución, que no debe efectivizarse en cuanto se oponga a esa Convención (salvo que sea más favorable para la persona).

c) Un grupo de Constituciones siguen el esquema tradicional: se afirma el principio de supremacía constitucional y se otorga a las convenciones internacionales, según los casos, rango igual o superior al de las leyes, pero bajo la Constitución.

En el caso que denominamos *Gelman 2,* del 20 de marzo de 2013, la Corte Interamericana de Derechos Humanos explica que si un Estado ha ratificado soberana y constitucionalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), tal decisión implica incorporar al derecho interno aquel tratado, reconociendo la competencia de sus órganos de control (como la Corte Interamericana), por lo que el control de convencionalidad demandado por ésta pasa a perfilarse como una obligación de los Estados, tanto en la emisión como en la aplicación de normas. Más todavía: por lo dicho, el control de constitucionalidad que hacen los jueces nacionales implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria (párrafos 87 y 88).

II. Los roles del control de convencionalidad, respecto de las Constituciones. Conviene recordar que el control de convencionalidad cumple distintos papeles. Uno, *represivo*, exige inaplicar las reglas constitucionales opuestas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en verdad, respecto de cualquier otra convención análoga) y a la doctrina de la Corte Interamericana vertida sobre aquella convención. Otro, *constructivo,* procura rescatar las cláusulas constitucionales que parecen opuestas a la Convención y a aquella jurisprudencia. Para ello, recurre a varias técnicas: una, de *selección de interpretaciones* (si una norma constitucional admite varias exégesis, se preferirán las compatibles con la Convención y la doctrina de la Corte Interamericana), y otra, de *construcción de interpretaciones* (mediante interpretaciones mutativas por adición, sustracción o mixtas) respecto de las reglas constitucionales, para tornarlas compatibles con las referidas Convención y doctrina de la Corte Interamericana. Nos remitimos a la voz "control constructivo (positivo) de convencionalidad", en este mismo tomo.

III. Una ejemplificación concreta. El caso argentino. Interesa proyectar lo dicho a una situación puntual, como es la Constitución federal argentina.

a) *Rol represivo.* El art. 55 de la Constitución demanda, para ser senador, presidente de la nación, vicepresidente y juez de la Corte Suprema, un ingreso anual de dos mil pesos fuertes, o renta equivalente. Ello, actualizado (el texto es de 1853), equivaldría a varios miles de dólares mensuales. Naturalmente, esa exigencia es absolutamente incompatible con el art. 23 del Pacto de San

José de Costa Rica, por lesionar el principio de igualdad en general, y las regulaciones electorales que admite dicho artículo. No cabría otra alternativa que descartar tal recaudo, por inconvencional.

b) *Rol constructivo. Selección de interpretaciones.* El art. 14 de la Constitución confiere a todos los habitantes el derecho de "publicar sus ideas por la prensa sin censura previa". La cláusula admite una interpretación restrictiva, arcaica, congelada en 1853, que limita el concepto de "ideas" solamente a ellas en sentido muy preciso, sin incluir imágenes o informaciones, por ejemplo. Además, la "prensa" aludida, si la interpretación es retrógrada o puramente originalista, ceñida al momento histórico donde se redactó el precepto, comprendería exclusivamente a la prensa escrita. Otra interpretación, en cambio, evolutiva y amplia, incluiría en la voz "ideas" también a imágenes, programas humorísticos, novelas, trabajos de ciencia ficción, informaciones de cualquier tipo, etcétera, y abarcaría bajo el término "prensa" también a la oral y audiovisual. A todas luces, cabe adoptar esta segunda exégesis, que es la compatible, *v. gr.*, con la doctrina de la Corte Interamericana en *Herrera Ulloa.*

c) *Construcción de interpretaciones. Interpretación mutativa por adición.* El art. 75, inciso 17, de la Constitución argentina reconoce a los pueblos originarios ciertos derechos, entre ellos, al de la propiedad comunitaria de las tierras "que tradicionalmente poseen". La Corte Interamericana, sin embargo, ha sido más amplia, reconociendo a tales grupos derechos a la devolución de las tierras que les fueron sustraídas, poseídas ahora por terceros (caso *Yakye Axa vs. Paraguay).* También ha señalado que la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas (caso *Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay).* En resumen, el operador nacional tendrá que leer la referida norma constitucional con un sentido más indulgente que el previsto por el texto constitucional, comprensivo de las situaciones atendidas por la Corte Interamericana.

d) *Interpretación mutativa por sustracción.* El art. 75, inciso 21, de la Constitución enuncia como facultad del Congreso "conceder amnistías generales", y el art. 99, inciso 5, respecto del Poder Ejecutivo, "indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal". Estas reglas, no obstante, deben restringirse en el sentido de que no pueden comprender delitos de lesa humanidad, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana señalada en varios casos, entre ellos *Velásquez Rodríguez, Loayza Tamayo, Barrios Altos, Almonacid Arellano,* etcétera.

e) *Interpretación mutativa mixta, por sustracción-adición (sustitutiva).* El art. 115 de la Constitución, con referencia a los fallos del Tribunal de Enjuiciamiento de jueces federales inferiores a la Corte Suprema, determina que sus veredictos serán "irrecurribles". Dicho órgano es de tipo político. En el caso "Brussa" se planteó la incompatibilidad de dicha regla constitucional con el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que autoriza un trámite ante autoridad judicial (llamado comúnmente "amparo interamericano") para discutir actos que violen los derechos fundamentales reconocidos por la Convención, la Constitución o la ley. La Corte Suprema de Justicia, para evitar la declaración de inconvencionalidad del referido art. 115, realizó por un lado una operación reductora (limitó la irrecurribilidad a la esfera admi-

nistrativa o política, del fallo del jurado de enjuiciamiento) y, por otro, una ampliatoria, al permitir una vía judicial (en el caso, el recurso extraordinario federal ante la misma Corte), para discutir la sentencia destitutoria adoptada por el jurado.

IV. Conclusión. La Constitución "convencionalizada". En síntesis, la doctrina del control de convencionalidad produce una metamorfosis en el concepto mismo de la anterior noción de Constitución nacional, que pasa a ser una Constitución "convencionalizada".

La *Constitución convencionalizada* es la Constitución nacional, pero armonizada, conformada, reciclada, mediante operativos de inaplicabilidad de alguna de sus cláusulas, de selección de interpretaciones, o de construcción de interpretaciones (mutativas por adición, sustracción o mixtas), a fin de adecuarla al nuevo estado de cosas. Es un texto fluido, en el sentido de que experimenta transformaciones en la medida en que despliega el derecho convencional de los derechos humanos, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Y es el instrumento para efectivizar el control de constitucionalidad respecto del derecho interno, con más, el control de convencionalidad.

Néstor Pedro Sagüés

Constitución de 1814 (Apatzingán)

Desde el inicio de la insurrección armada en 1810, ésta contó con el respaldo de juristas que comprendieron la necesidad de dotarla con un fundamento jurídico que le permitiera definir sus objetivos y fijarlos en principios que la orientaran y se tradujeran en instituciones que permitirían dar una estructura permanente y viable a la nueva sociedad que se pretendía construir, situación que se fue definiendo conforme el movimiento se consolidaba (véase *Antecedentes históricos y Constituciones Políticas de los Estados Unidos Mexicanos*, 2009).

En palabras de Manuel Ferrer, otra "importante peculiaridad, perceptible ya desde que se inició la revuelta de Hidalgo, es la fe en el constitucionalismo y en el régimen parlamentario como instrumentos para elevar el derecho sobre el poder, instaurar el Estado y prevenir el abuso de autoridad: baste recordar las propuestas de aquel caudillo, que abogaba por la convocatoria de un congreso; los esfuerzos de Ignacio López Rayón para dotar al país de una Constitución política; el anuncio del Congreso de Chilpancingo en 1813, o el Decreto Constitucional de Apatzingán de 1814" (Ferrer, Manuel, *La formación de un Estado nacional en México*).

De hecho, resulta paradójico del parlamentarismo antes mencionado, lo establecido en los arts. 44 y 103, de los cuales claramente se puede advertir la supremacía del órgano legislativo respecto del Ejecutivo y el Judicial, al punto de que se establece que permanecerá el cuerpo representativo de la soberanía del pueblo con el nombre de Supremo Congreso Mexicano, creándose —"además"— dos corporaciones: el Supremo Gobierno y el Supremo Tribunal de Justicia, señalándose que será facultad del Supremo Congreso elegir los individuos del Supremo Gobierno, los del Supremo Tribunal de Justicia y los secretarios de estas corporaciones.

Es por ello que en 1811 el licenciado Ignacio López Rayón, jefe del movimiento, una vez muertos Hidalgo y sus jefes militares, integró la Junta Suprema Nacional Americana en Zitácuaro, a la que siguió, también por las circunstancias de la guerra, el Supremo Congreso Nacional de América (o de Anáhuac) en septiembre de 1813 en Chilpancingo, bajo el mando de José María Morelos y Pavón. Este Congreso suscribió el 6 de noviembre de ese año un Acta de Declaración de la Independencia de la América Septentrional (acta de independencia previa a la suscrita en 1821) y el 22 de octubre de 1814, ya instalada en Apatzingán, promulgó la primera Constitución propiamente dicha, emitida en la entonces Nueva España: el *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mejicana*, también conocida como Constitución de Apatzingán. Este documento tendría como constituyentes a personajes como José María Liceaga, José María Morelos y José María Cos, entre otros.

Es por ello que, más allá de la vigencia real o no de la Constitución de Apatzingán, sobre lo cual se discute vivamente, el *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mejicana* debe considerarse un documento constitucional de nuestra historia debido a que fue expresión de los anhelos constitucionales de los insurgentes. Así, Manuel Ferrer, parafraseando a González Oropeza, señala que "la elaboración de una Constitución fue identificada con el nacimiento del Estado mexicano y se deseaba tanto una Constitución como la consolidación de nuestro Estado nación". No por nada, en su preámbulo se afirmaba como una finalidad fundamental el "substituir al despotismo de la Monarquía de España [por] un sistema de administración que reintegrando a la nación misma en el goce de sus augustos imprescriptibles derechos, la conduzca a la gloria de la independencia, y afiance sólidamente la prosperidad de los ciudadanos".

Aunado a lo anterior, en dicho documento se encuentran ya principios identificables como permanentes y característicos del constitucionalismo en nuestro país, tales como la independencia, las libertades y derechos individuales, el gobierno republicano y la soberanía (popular o nacional), presentes aun variando el tipo de Estado, federal o unitario y viceversa, y la orientación político-económica prevaleciente en el momento histórico correspondiente.

En la Constitución de Apatzingán, la cual consta de dos apartados y 242 artículos, se encuentran ya principios identificables como permanentes y característicos del constitucionalismo en nuestro país, siendo sus características principales las siguientes: *a)* intolerancia a otras religiones (art. 1o.); *b)* forma de Estado republicano y colegiado, estableciéndose un Ejecutivo pluripersonal (art. 132); *c)* sistema de organización estatal unitario (art. 43); *d)* forma de gobierno parlamentario (arts. 44 y 103); *e)* soberanía con residencia originaria en el pueblo y cuyo ejercicio recaía en representantes de la nación (art. 5o.); *f)* principio de igualdad en materia de ciudadanía, señalando que se reputarían ciudadanos de la América mejicana a todos los nacidos en ella (art. 13); *g)* indefinición del territorio de la América mejicana (art. 42), y *h)* reconocimiento a determinados derechos que se constituían en el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas, tales como la felicidad del pueblo, la igualdad, la seguridad, la propiedad y la libertad (art. 24).

No obstante, el *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mejicana* no pudo cristalizar la constitución de un Estado nación, debido a que —afirma Virginia Guedea— "el establecimiento del Supremo Congreso no resolvió totalmente los conflictos surgidos desde hacía tiempo entre los principales dirigentes de la insurgencia y tampoco logró coordinar del todo a los diversos grupos insurrectos, todo lo cual afectaría gravemente a la insurgencia". Es por tal motivo que en la historia constitucional de nuestro país debe hablarse de una segunda etapa de vigencia de la Constitución de Cádiz de 1812, misma que corrió de 1820 a 1824.

Por lo que hace a instituciones o mecanismos que pudieran hoy catalogarse como procesos o garantías constitucionales, quizá podría citarse —guardando las debidas proporciones— el mecanismo establecido en el art. 107 como una institución similar a la controversia constitucional contemporánea, toda vez que se le otorgaba al Supremo Congreso resolver las dudas de hecho y de derecho que se ofrecieran en orden a las facultades de las supremas corporaciones, es decir, resolver los conflictos competenciales entre el Supremo Gobierno y el Supremo Tribunal de Justicia.

Francisco Vázquez Gómez Bisogno

Constitución en sentido formal

La palabra "Constitución", aun en el lenguaje jurídico, es utilizada en sentidos diversos a pesar de que en principio refiere el documento fundante de un Estado de carácter jurídico-político. El significado de este término depende de su contextualización histórica, temporal e incluso cultural, además de que el constitucionalismo, entendido como conjunto de factores que pretenden calificar una Constitución, es un conjunto de ideas o principios que se basa en determinada filosofía política. No obstante, se puede decir que en términos generales este vocablo, en un sentido amplio, se utiliza para referirse a la Constitución como la norma jurídica que establece las bases organizativas de un Estado.

El Estado constitucional aparece como consecuencia de la Revolución Francesa y reacción a la supremacía del legislador, por lo que la ley era considerada como la norma superior; en esta época prevalece la teoría de la Constitución rígida, la codificación y el derecho escrito, a efectos de que sólo el poder constituyente pudiera modificarla. Por estas razones se produjo un largo debate entre elaborar una Constitución o un conjunto de leyes fundamentales, eligiendo la primera opción debido a la posibilidad de realizar una interpretación sistemática.

El estudio del derecho constitucional tiene sus orígenes en la teoría del Estado, en virtud de la existencia de una sociedad que se organiza en torno al fenómeno del poder. Se puede hablar de Estado solamente a partir del siglo XVI, pero de la Constitución, en su calidad de fenómeno jurídico que organiza el poder, sólo con posterioridad. Por lo que para explicar el significado formal de Constitución es conveniente comenzar por recordar que originalmente las Constituciones son concebidas como documentos fundacionales de carácter político apenas a partir del siglo XVIII, tras la independencia de las

colonias inglesas del Norte en América y del triunfo de la Revolución Francesa. En Francia se producen históricamente dos documentos diversos, uno que organiza el ejercicio del poder y otro que reconoce derechos fundamentales; no obstante, en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se encuentra la base del concepto formal de la Constitución, cuyo art. 16 establece que: "Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni establecida la separación de poderes no tiene Constitución".

El sentido político de la Constitución proclama su finalidad política, la ideología política a la que sirve, lo que evoca ideas como libertad, democracia, garantía de los derechos de los ciudadanos, limitación del poder. Este significado responde al sentido histórico del constitucionalismo como movimiento político e ideológico, por lo que se puede afirmar que el fin de la Constitución es la estabilidad, establecer un orden, limitar el poder público, y se identifica con el programa del poder público. El concepto formal de Constitución surge a partir de la reflexión acerca de la misma como ley, pero como ley especial dotada de peculiaridades formales que desempeña un papel fundamental en el sistema jurídico.

De modo que toda Constitución tiene un cierto carácter político, y dado que en un principio no se le consideraba como norma jurídica, el sistema jurídico iniciaba con el Código Civil, notorio en la época del imperio de la ley y sujeción del juez a la letra de la ley para su interpretación. El cambio de concepción se produce en Europa con la creación de los tribunales constitucionales austriaco y checo a principios del siglo XX, cuyo fundamento es la teoría de las nulidades de Hans Kelsen. En América, en cambio, se produce a raíz de la sentencia del juez Marshall al caso *Marbury vs. Madison* en 1803, en que resuelve que la ley contraria a la Constitución debe inaplicarse.

El sentido jurídico de Constitución resulta del examen de las formas y de la estructura interna de la Constitución, y su consideración como norma. De tal forma que la Constitución se concibe como norma que obliga a los poderes del Estado y cuya infracción es antijurídica, pero sólo puede ser considerada así, si el sistema jurídico establece que su cumplimiento es obligatorio. Como norma suprema, además, presupone determinada estructura del orden jurídico y puede ser identificada por la relación que tiene con la legislación. Esta supremacía no solamente refiere su posición en el sistema jurídico, sino también, y sobre todo, su eficacia y su fuerza derogatoria.

Esto implica considerar a la Constitución como norma suprema; los presupuestos de la supremacía son que la función legisladora como función de crear normas se sujete a las normas constitucionales que son fundamento y límite de su validez; y que prevea una cierta estructura del orden jurídico, lo que determina la relación entre las normas del sistema, así, la Constitución se identifica por su relación con la legislación como creación normativa. Por lo que en el sentido formal, la Constitución, como señala De Otto, "es el conjunto de normas a las que está sujeta la creación normativa por los órganos superiores del Estado".

La concepción formal de la Constitución hace énfasis en su carácter de conjunto de normas jurídicas sin establecer cuál es el contenido de las mismas. Las concepciones formales de la Constitución desde el punto de vista jurídico

giran en torno a tres aspectos relevantes: que la Constitución es una norma o un conjunto de normas escritas; de un tipo especial, elaborada mediante un procedimiento especial, y es norma suprema porque establece los órganos y los procedimientos de creación de las normas, prevé sus competencias y funciones, así como la fuerza y rango de las normas creadas. Por lo que la validez de las normas del sistema jurídico depende de su conformidad con la Constitución. La Constitución se configura, así, como norma suprema y norma de normas.

En su origen, las concepciones formales de la Constitución se asocian a un concepto liberal de Constitución que, además de garantista, es racional y normativo, en tanto determina la existencia de un documento escrito y solemne cuyo objeto es garantizar los derechos de los ciudadanos y la organización del poder político del Estado. Actualmente, la Constitución en sentido formal se diferencia del resto de las normas de un Estado por su superioridad, de modo que las demás normas del sistema jurídico no deben contravenirla, pues de hacerlo pueden ser declaradas inconstitucionales y no ser aplicadas, o incluso llegar a ser anuladas. La Constitución además está protegida por un procedimiento especial de reforma agravado y de mayor solemnidad que el previsto para las leyes y otras normas.

Las Constituciones modernas tienen, entre otras funciones, las de prever y regular el funcionamiento de los controles de poder políticos. La Constitución es el elemento de cohesión y unidad de un Estado, y norma su organización y funcionamiento, así como los derechos de los individuos que sanciona y protege. Hablar de Constitución en sentido jurídico significa asumir que la función legislativa, como función creadora de normas, queda sujeta a las normas constitucionales que se configuran como su fundamento y límite de su validez. Por lo tanto, la Constitución se identifica más bien por su relación con la legislación, es decir, como creación normativa.

La Constitución en sentido formal es un conjunto de normas a las que está sujeta la creación de normas por los órganos superiores del Estado, cuya validez se determina en el aspecto formal por su conformidad con los procesos de creación normativa establecidos en la norma superior y de la competencia del órgano que la emite, y en el material por la adecuación del contenido de la norma inferior al contenido de la norma a la que se encuentra jerárquicamente subordinada, así como a la norma suprema.

En síntesis, en sentido formal, la Constitución es la norma fundamental y suprema del sistema jurídico, lo que refiere su posición y fuerza en el orden jurídico. Loewenstein menciona que en el sentido formal la Constitución es "...un documento escrito y unificado por normas fundamentales" y "dispositivo fundamental para el control del proceso del poder".

Carla Huerta Ochoa

Constitución en sentido material

La palabra "Constitución" se utiliza en el lenguaje ordinario con distintos significados. El *Diccionario* de la Real Academia de la Lengua Española ofrece varias acepciones distintas del término, unas propiamente jurídicas, otras

vulgares en cambio. Por una parte, la define como la "esencia y calidades de una cosa que la constituyen tal y la diferencian de las demás". En este sentido es que se puede identificar con la Constitución material, porque refiere los elementos necesarios para poder considerar un texto jurídico como la norma fundamental de un Estado.

El término "Constitución", por lo tanto, se refiere a las disposiciones o decisiones de carácter fundamental que resultan de la organización del ejercicio del poder. Se puede sugerir un primer significado de Constitución en sentido material como "el conjunto de normas que establecen la estructura esencial de un Estado, es decir, que lo constituyen". A este primer sentido se le denomina material o sustantivo porque se refiere al contenido de las normas constitucionales sin ocuparse de la forma en que sean recogidas. Es por ello que se puede decir que toda Constitución cuenta con un modelo fundacional que se integra por las instituciones que se consideran fundamentales para el Estado.

La concepción material de la Constitución se entiende como distinta a la jurídica, por lo que, en general, las explicaciones de este concepto se han elaborado por oposición al concepto formal de Constitución. El sentido material se puede entender como el contenido de la Constitución, esto es, la función de las normas constitucionales, que consiste en delimitar los derechos que deben ser protegidos y conformar el sistema jurídico y los órganos de poder. En ese sentido, Jellinek propone una definición según la cual se concibe a la Constitución como "el conjunto de normas jurídicas que regulan los supremos órganos del Estado, su formación, su relación recíproca y competencia, así como la posición del individuo frente al Estado". Esto hace referencia a su contenido tanto desde la perspectiva orgánica y funcional, como en relación con las libertades y derechos de los individuos.

La Constitución en sentido material debe establecer los principios generales respecto de los órganos, los procedimientos y los contenidos, elementos que integran el contenido de la Constitución como sostiene Kelsen, ya que su función es controlar el ejercicio del poder. La Constitución es norma suprema con eficacia práctica, y para asegurar su aplicación existen medios de control de la constitucionalidad y tribunales constitucionales, intérpretes últimos de la Constitución. La Constitución establece los principios básicos de la producción de las demás normas jurídicas del sistema que se subordinan a la Constitución, éste es su sentido jurídico. En los sistemas jurídicos que se desarrollan en el marco de un Estado de derecho se puede afirmar que una Constitución posee una estructura común, formada por una o varias instituciones básicas. A esta estructura corresponden en primera instancia los derechos fundamentales y la distribución funcional que se expresa mediante el principio de división de poderes, así como el control de la constitucionalidad.

Desde finales del siglo XVII, y sobre todo a lo largo del siglo XIX, se llevó a cabo la tarea de positivar, de forma completa y ordenada, las normas que habían de regular las relaciones de poder y de libertad, es decir, la Constitución material. Pero el derecho no es tan solo el texto normativo, sino también la interpretación que el juez hace del mismo. Las primeras interpretaciones de la Constitución fueron políticas, lo que pone de manifiesto que la Consti-

tución en sentido material se entiende tomando en cuenta los aspectos sociológicos, antropológicos, morales y valorativos, entre otros que subyacen a ella.

Lassalle hace explícita la tensión entre la Constitución formal y la material, al proponer un concepto sociológico de Constitución que determina la existencia de dos Constituciones: la escrita y la real. La Constitución real se integra por los factores reales y efectivos de poder, por lo que, en su opinión, la Constitución escrita sólo tiene valor si realmente expresa los factores de poder que rigen en el país, pues de lo contrario la Constitución escrita sería una mera hoja de papel en blanco.

Según Loewenstein los elementos fundamentales mínimos de una Constitución en sentido material, que garantizan el libre desarrollo político de un Estado, son la diferenciación y asignación de funciones estatales a diferentes órganos para evitar la concentración de poder; los mecanismos de cooperación de los órganos de poder; la distribución y limitación del poder político mediante dispositivos e instituciones en forma de frenos y contrapesos; los mecanismos que eviten bloqueos entre los órganos de poder autónomos para impedir que en caso de no cooperar, se resuelva el *impasse* por sus propios medios; un método de reforma racional que evite la ilegalidad, la fuerza o la revolución, y el reconocimiento a la autodeterminación individual, es decir, a derechos individuales y libertades fundamentales, y su protección frente a quienes ejercen el poder.

Para Kelsen, la Constitución es normativa, un "deber ser", es norma, y en el sentido material su función es designar los órganos encargados de la creación de normas generales y determinar el procedimiento; el derecho regula su propia creación en la Constitución. La Constitución es la norma fundamental, una regla según la cual son creadas las normas jurídicas y de la cual deriva el principio mismo de su creación; es norma fundamental de la que desciende por grados el resto del orden jurídico.

Se considera que las normas que establecen los órganos que ejercen el poder, los límites que los gobernantes deben respetar, esto es los derechos y libertades de las personas, y la forma en que la Constitución los garantiza son parte de la Constitución material de un Estado. Por lo que la Constitución material de una sociedad política puede entenderse como el conjunto de normas que determinan quiénes ejercen el poder y la forma en que lo hacen. Las normas que establecen estas cuestiones se consideran materialmente constitucionales, aun si sólo se trata de costumbre jurídicamente aceptada o de interpretación jurisprudencial.

Aunque la Constitución en sentido formal, el texto concreto, recoge la Constitución material de un Estado, su contenido, se considera posible que algunas normas materialmente constitucionales no se encuentren expresadas en dicho texto; no obstante, son consideradas formalmente superiores a las ordinarias, como parte de la Constitución, como algo añadido a la Constitución formal. Como puede ser el caso de los tratados internacionales, que por disposición expresa de una Constitución adquieren rango constitucional, por ejemplo.

Constitución en sentido sustancial

Se entiende por *Constituciones en sentido sustancial* todos los actos normativos a los que la doctrina de un ordenamiento reconoce relevancia constitucional, incluyendo, además de la Constitución formal (véase Constitución en sentido formal), también fuentes que no tienen dicho rango, pero que contribuyen a definir la "materia constitucional", es decir, la estructura fundamental de una comunidad estatal (Spagna Musso). El concepto debe mantenerse separado tanto de aquel de Constiticuón material, entendida como un conjunto de decisiones políticas fundamentales que integran el texto constitucional (véase Constitución en sentido material), como del de "Constitución viviente", que es la Constitución así interpretada y aplicada por los distintos actores políticos-instituciones (véase Constitución).

Silvia Bagni
(traducción de Eduardo Ferrer Mac-Gregor)

Constitución Federal de 1824

Precedida por el "Acta Constitutiva de la Federación", del 1o. de abril al 3 de octubre de 1824 el Congreso discutió el proyecto de norma fundamental, que publicó el cuarto día del mismo mes, con la denominación de "Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos", que no fue simple copia de los patrones que le sirvieron de modelo, sino que en su articulado se percibe un esfuerzo por acoplar el funcionamiento de ciertas instituciones a la realidad de la época, de manera que se advierte una combinación de procesos y procedimientos para la tutela de las normas constitucionales que fueron adoptadas sin una clara comprensión de su alcance.

En este orden fundamental nace el precedente de la jurisdicción del amparo federal a través del art. 123. También esta Constitución crea el precedente de la jurisdicción del amparo local, por medio del art. 160. En conjunto, ambos preceptos instituyen una doble jurisdicción, sustento del federalismo judicial. Asimismo, ella instaura el precedente del control de constitucionalidad y legalidad, de conformidad con el art. 137, frac. V, inciso 6. Además, contiene en los arts. 137, frac. I, y 38, un par de garantías constitucionales objeto de estudio del actual derecho procesal constitucional mexicano. Inclusive el nombre oficial de tal ley suprema verifica que el calificativo "federal" ha sido la estructura adoptada (con excepción del periodo de centralismo) por nuestra nación hasta la actualidad.

La tradición jurídica la ha considerado como la primera Constitución mexicana, la cual estuvo vigente hasta 1836, año en que se expidieron las "Siete Leyes Constitucionales" de corte centralista. En tal virtud, el Congreso Constituyente expresó en el preámbulo de ese documento fundacional que éste se expedía para fijar la independencia política, establecer y afirmar la libertad, y promover la prosperidad y la gloria de la nación mexicana; y en el singular marco histórico de un país recién emancipado que daba los primeros pasos en el camino de su organización jurídica, y con la esperanza de un pueblo que había derramado sangre, en once años de insurgencia El referido Congreso Constituyente dio término a sus labores el 4 de octubre, fecha

memorable en la que envió al Poder Ejecutivo, ya debidamente aprobada, la primera Constitución que tuvo vigencia.

En esta misma Constitución Federal, y debido a la influencia del orden jurídico norteamericano, se consagraron dos de los instrumentos que se desarrollaron con posterioridad para resolver los conflictos de carácter constitucional. En primer término las llamadas "controversias constitucionales", inspiradas en el art. III, sección 2, de la ley fundamental norteamericana, ya que en el art. 137, frac. I, del orden fundamental de 1824, que se refiere a las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, se dispuso, en su parte conducente: "Conocer de las diferencias que puede haber de uno a otro estado de la Federación siempre que las reduzca a un juicio verdaderamente contencioso en que deba recaer formal sentencia y de las que se susciten entre un estado y uno o más vecinos de otro".

También en dicha Constitución Federal se introdujo la garantía del "juicio político de los altos funcionarios de la Federación y de los estados", con algunos matices, especialmente en cuanto al enjuiciamiento de los magistrados de la Suprema Corte de Justicia. En efecto, el art. 38 estableció las reglas del citado juicio político, que encomendó a cualquiera de las dos cámaras del Congreso General, en calidad de gran jurado. Aunque no existía una estricta separación entre la responsabilidad política y la imputación penal, pero se tomaba del modelo estadounidense la necesidad de seguir un procedimiento previo ante una de las cámaras del Congreso de la Unión, pero se apartaba del propio modelo en cuanto el proceso criminal no se seguía ante los tribunales ordinarios, sino ante la Suprema Corte de Justicia, con excepción del enjuiciamiento especial de los magistrados de la propia Corte, lo que influyó de cierta manera en el sistema del juicio político y penal de los funcionarios en la Constitución Federal de 1857.

A pesar de que no existe en la Constitución de 1824, a la cual está incorporada el Acta Constitutiva, precedente del juicio de amparo, esto es, no hay más que aquel artículo del Acta en el cual se dice que los derechos del hombre y del ciudadano serán protegidos por leyes sabias y justas; no obstante, dicha norma suprema sí previó una institución común a todas las ramas de enjuiciamiento del derecho procesal o una categoría procesal: la *jurisdicción*. Justamente en la última parte del inciso sexto de la frac. V del art. 137, que al mismo tiempo sobre el particular se inspiraba en la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787, se descubre una facultad con la que se invistió a la Suprema Corte de Justicia para "conocer de las infracciones de la Constitución y leyes generales, según se prevenga por la ley", atribución que, podría suponerse, pudiera implicar un verdadero control de constitucionalidad y de legalidad, según el caso, ejercitado por dicho cuerpo jurisdiccional. Lo anterior constituye un precedente legislativo de la categoría procesal de la *jurisdicción* tanto para las controversias constitucionales como para el juicio de amparo, puesto que al encomendarse al más alto órgano jurisdiccional del país las violaciones constitucionales, se tutelaba la configuración del poder y se salvaguardaban los derechos fundamentales estatuidos por la propia Constitución; pero dicho precepto no llegó a reglamentarse y por lo mismo no tuvo aplicación, no obstante algún intento que se hizo para que la propia Corte co-

nociera de dichas cuestiones. Lo cierto es que predominó la influencia hispánica, ya que el Congreso de la Unión, con apoyo en la facultad exclusiva que le otorgó el art. 165 de la citada Constitución Federal para resolver las dudas sobre el alcance de los preceptos constitucionales, anuló varias leyes expedidas por los órganos legislativos de las entidades federativas, por considerarlas contrarias a la propia Constitución Federal.

Más aún, con base en el art. 137 de la Constitución Federal de 1824 se crea también el precedente de la *jurisdicción* del amparo local, ello debido a la existencia de instituciones duales en la impartición de la justicia. Precisamente, en México, la doble jurisdicción federal y local fue implantada desde los arts. 123 y 160. El primero dispuso: "El Poder Judicial de la Federación residirá en una Corte Suprema de Justicia, en los tribunales de circuito, y en los juzgados de distrito". El último previó: "El Poder Judicial de cada estado se ejercerá por los tribunales que establezca o designe la Constitución; todas las causas civiles o criminales que pertenezcan al conocimiento de estos tribunales serán fenecidas en ellos hasta su última instancia y ejecución de la última sentencia". Estas normas supremas instituyeron el dogma del federalismo judicial, el que con motivo del reconocimiento contencioso que el Estado mexicano ha hecho de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, amplía su horizonte de la adecuada relación entre los tribunales federales y locales a la adecuada relación entre éstos y la jurisdicción internacional.

No es ocioso mencionar que la Constitución de 1824 adoptó la forma federal, y su evolución histórica puede describirse, en su etapa originaria, a partir de esta norma fundamental. Ciertamente, la referida evolución se circunscribe en las distinciones siguientes: 1) se establece un sistema federal basado en "estados" y "territorios" de la Federación; 2) no se instaura una fórmula de distribución de competencias específica; 3) se establece el bicamarismo, con una Cámara de Diputados y una de Senadores; 4) se define por el Congreso general, la residencia de los poderes federales, establecida en un distrito en el cual el propio Congreso ejercería las atribuciones del Poder Legislativo de un estado; 5) se previó un presidente de los Estados Unidos Mexicanos, como titular del Poder Ejecutivo Federal; 6) se creó un Poder Judicial de la Federación, organizado en una Corte Suprema de Justicia, tribunales de circuito y juzgados de distrito, y 7) se instauró un Poder Judicial de cada estado, estructurado con los tribunales que establezca o designe la Constitución respectiva.

Conviene mencionar que el acceso a la justicia fue un derecho contenido en el art. 18 del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana del 31 de enero de 1824, que disponía: "Todo hombre que habite el territorio de la Federación tiene derecho a que se le administre pronta, completa e imparcialmente justicia". Sin embargo, a pesar de su estrecha relación con la norma fundamental de 1824, ésta lo omitió, y no fue sino hasta el art. 17 de la Constitución de 1857 cuando se estableció este derecho de carácter programático, que viene a constituir la categoría procesal de la *acción* de los procesos y procedimientos para la defensa de la Constitución.

Constitución flexible/rígida

Sobre la base de la superioridad de la Constitución con respecto a las otras fuentes (véase constitucionalismo, Constitución), son "rígidas" las Constituciones para cuya modificación se requiere un procedimiento agravado (en el tiempo, en los *quórums*, con la participación de órganos *ad hoc* o mecanismos como el referéndum, etcétera) con respecto a la tramitación normal prevista para las leyes ordinarias (procedimiento suficiente, en cambio, para la modificación de las Constituciones flexibles), al efecto de ofrecer una mayor garantía y defensa de la propia Constitución y de los valores y principios en ella contenidos (véase reforma constitucional). La mayor parte de las Constituciones actuales son rígidas, con algunas excepciones (la Constitución del Reino Unido es un caso típico de Constitución flexible), mientras que flexibles eran por ejemplo las Constituciones liberales decimonónicas.

Giorgia Pavani
(traducción de Mayte Salvador Crespo)

Constitución histórica

Las visiones historicistas de la Constitución ponen el énfasis en el sedimento que el paso del tiempo y las circunstancias del comportamiento humano van imprimiendo en las instituciones, principios, valores y regulaciones fundamentales de una sociedad política y jurídicamente organizada. Interpretaciones y adherencias excesivas del y al concepto han generado ideas no exentas de falacia, como las que colocan a la historia en calidad de potestad constituyente, si bien no cabe duda de que un sano acercamiento con perspectiva histórica al concepto de Constitución permite interpretaciones realistas y sólidamente fundadas.

A decir de Maurizio Fioravanti, las libertades han podido ser fundamentadas historicistamente merced a los análisis que hacen depender de la historia la configuración procesal del goce efectivo de los derechos. Así, en la tradición anglosajona, el *Rule of Law* hace referencia a prerrogativas de carácter fundamental e indisponible que dan lugar, al paso de los siglos, a sociedades que se oponen radicalmente al desconocimiento de las tradiciones que han hecho de sus miembros seres libres e iguales. Existe en la concepción de "Constitución histórica", pues, una animadversión muy marcada hacia soluciones voluntaristas que puedan poner en entredicho tradiciones y costumbres que se han conquistado con los siglos, entre ellas principalmente, acaso en razón de una superlativa influencia de la Carta Magna (1215), las que componen el proceso debido. Detrás de la discusión del *No taxation without representation* de los colonos angloamericanos en la Revolución de Independencia de las Trece Colonias podemos hallar un ejemplo muy claro de reivindicación de derechos fundamentales que la categoría de *Englishmen* les concedía desde tiempos, si no inmemoriales, ciertamente muy lejanos.

Las tradiciones continentales, con ser también bajomedievales, se fundan por contraste en un *ordo iuris* indisponible y dado, integrado por un conjunto de leyes fundamentales preconfigurado que, sin embargo, requiere de la labor cotidiana del jurista para adaptarse a las cambiantes condiciones del medio

social. Esta suerte de *Ius Commune*, que no debe confundirse con el *Common Law* anglosajón, entrará en conflicto al momento de las revoluciones atlánticas con la dogmática jurídica del racionalismo que pretendió expresarse ante todo en Constituciones escritas, emanadas de la voluntad de un todopoderoso Poder Constituyente, y en códigos derivados de la voluntad de un legislador no sólo imbatible sino imposible de criticar, con soberana capacidad de disposición sobre un *Ordo iuris* en acelerado trance de abandono respecto de su calidad de "ordenamiento". De ahí que Edmund Burke expresara su célebre crítica a la pretensión de la Francia revolucionaria en el sentido de expedir Constituciones como si de la cocción de un *pudding* se tratara.

Y es que, en efecto, la Francia posterior a 1789 manifestará una enemiga antihistoricista que, con la sustitución de la labor jurisprudencial del *Ius Commune* por la legislativa propia de un "Estado de derecho" que los alemanes sistematizarán, no sin vacilaciones como las de la Escuela Histórica del Ochocientos, como *Rechtsstaat*, vendrá a robustecer el carácter individualista y estatalista de la fundamentación teórica de las libertades en la Europa de la restauración, para la cual "Constitución histórica", en el más aventurado de los casos, resultaría ser poco más que el rescoldo cultural y tradicional de una Constitución-ley expedida por la nación reunida en Parlamento.

En Iberoamérica, las concepciones históricas del fenómeno constitucional se hallarán marcadas por las Cortes Constituyentes de la Monarquía española reunidas en Cádiz entre 1810 y 1813 (con una extensión ordinaria hasta 1814), en las que la mayoría peninsular apeló a una "Constitución histórica de España" que, en concepto de Martínez Marina, habría contenido a las libertades visigóticas manifestadas, ante todo, en los ámbitos municipales, y desconocidas en forma definitiva al advenimiento del absolutismo austracista de la mano de Carlos V (derrota de las Comunidades en Villalar, 1519). Los insurgentes americanos, tanto como los diputados de los reinos y provincias de ultramar que se desempeñaron en Cádiz, basarán sus alegatos independentistas en argumentaciones constitucionales historicistas (como las de Servando Teresa de Mier en el libro XIV de su *Historia de la revolución de Nueva España antiguamente Anáhuac*, publicada en Londres en 1813). Pretendiendo que sus naciones recuperaban las soberanías prehispánicas perdidas en razón de la acefalía de la Monarquía causada por el cautiverio de Fernando VII se darán, sin embargo, a la tarea de expedir Constituciones escritas de signo racionalista y voluntarista, alejadas en ocasiones casi totalmente de las realidades históricas de sus pueblos. Algo muy semejante a lo que, para la península, obtuvieron los diputados constituyentes en 1812: pretexto historicista, Constitución como acto legislativo, constitucionalidad prácticamente incontrolable.

Y es que una de las principales características del modelo histórico de Constitución radica en la importancia que se concede al aparato judicial, desarrollado en Inglaterra casi sin solución de continuidad desde la baja Edad Media y que en los Estados Unidos dio lugar a la célebre *judicial review* apenas alboreaba el siglo XIX, con un acento muy perceptible en las interpretaciones originalistas de la Constitución, esto es, en la búsqueda de lo que los *founding fathers* de Filadelfia quisieron realmente establecer. En los países de tradición continental, en cambio, la voluntarista adscripción de poderes legislativos no

justiciables a la nación, al pueblo o a la voluntad general trajo consigo un recelo bastante marcado hacia los jueces y la imposibilidad de establecer tribunales de constitucionalidad auténticamente operativos hasta bien entrado el siglo XX.

Rafael Estrada Michel

Constitución local

La locución es utilizada en los países definidos por la forma federativa en el continente con sistemas legales diferenciados, basados en un doble nivel constitucional, siguiendo la influencia de los Estados Unidos de América, siendo ellos Argentina, Brasil, México y Venezuela, aunque en este último la organización de los poderes públicos locales, municipios y la administración de bienes es regulado por la Constitución de la República.

Las cuatro naciones erigidas bajo la forma federal de Estado en Latinoamérica tienen como característica la existencia de una división política y administrativa en estados, provincias, distrito federal y municipios, cuya autonomía es reconocida mediante un sistema representativo y democrático de la organización política del país. En los mencionados países prevalece el modelo de federalismo residual o de origen a favor de los estados miembros, por medio del cual sus autoridades conservan las facultades que no estén expresamente delegadas a las autoridades federales, de manera tal que se organizan y rigen por Constituciones propias que, si bien se expiden sin intervención de ningún poder de la Federación, no pueden ser contrarias a la Constitución federal.

A diferencia de América Latina, el federalismo norteamericano se crea al concurrir las soberanías originarias de los estados miembros, suficientemente autónomos para determinar su gobierno y administración, por lo que el constitucionalismo revela peculiaridades propias de su régimen federal para la distribución del poder político, y las cincuenta Constituciones locales en los Estados Unidos reconocen la división tripartita de poderes, regulan un sistema electoral, proveen un catálogo de derechos y organizan una legislatura bicameral (G. Alan Tarr, 2009).

En Argentina, las provincias crean sus propias instituciones locales a través del acto de expedir autónomamente las Constituciones bajo el sistema representativo y republicano de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías que establece la Constitución Nacional, señalando para ello que se debe asegurar la administración de justicia, el régimen municipal y la educación primaria (art. 5o.). En cuanto a la autonomía municipal corresponde, se impone el deber a cada provincia de que su Constitución reglamente su alcance y contenido institucional, político, administrativo, económico y financiero (art. 123).

En Brasil, los estados se organizan y rigen por las Constituciones que ellos mismos expiden, observando lo principios de la Constitución de la República Federativa y las reglas de competencia atribuidas a los estados y municipios (arts. 25 a 29).

La situación que priva en México consiste en que el pueblo mexicano decide constituirse en una República representativa, democrática, federal,

compuesta por estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una Federación establecida según los principios constitucionales; las Constituciones particulares de los estados en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del pacto federal (arts. 40 y 41).

Atendiendo a lo que literalmente disponen las cartas constitucionales de los cuatro países, se percibe que los estados o provincias gozan de amplias facultades, aunque ello se minimiza en el debate acerca del carácter nominalista del federalismo, pues la realidad latinoamericana demuestra un alto nivel de centralización del poder en torno de las competencias constitucionales atribuidas al gobierno federal.

De entre las características que sobresalen en los estados o provincias, es que sus Constituciones deben respetar el sistema representativo republicano y democrático; estar de acuerdo con los principios y declaraciones fundamentales de la Constitución federal; adoptar las bases mínimas sobre la organización de los poderes y del municipio, así como acogerse a la protección de la garantía federal para repeler, en caso necesario, invasiones externas o sublevaciones internas.

En cuanto al fenómeno constitucional estatal en México, con un universo de 31 cartas políticas estatales y un Estatuto del Distrito Federal, la reformabilidad y el reemplazo han sido una constante, por lo que Diego Valadés dice que "la positividad de las Constituciones estatales ha provocado que exista un alejamiento de la sociedad civil a las normas que ellas regulan [y] sobre todo cuando esas modificaciones responden a políticas gubernamentales o a intereses de grupos de relevancia política, religiosa o empresarial", por lo cual considera al orden local como derivado del marco constitucional general y lo denomina "constitucionalismo reflejo" (Valadés, Diego, *Constitución y política*).

Teniendo en cuenta la forma en que se concreta el federalismo en la extensa división geográfica de las entidades federativas mexicanas, así como los patrones culturales propios de las regiones, en la actualidad la tendencia del constitucionalismo es su creciente normatividad, al adicionarse catálogos de derechos ciudadanos y medios para su control y defensa de la supremacía constitucional ante órganos judiciales o administrativos, lo cual ha venido convirtiendo gradualmente a las Constituciones locales en ordenamientos políticos fundamentales que organizan el gobierno y aseguran un sistema de libertades y el respeto a la dignidad humana de la población.

Elisur Arteaga Nava, al argumentar que una Constitución es un complejo normativo cuya normatividad es de jerarquía superior, permanente, escrita, general y reformable, sostiene que debido al principio de generalidad de la Constitución federal, cualquier modificación obliga a los estados a adecuar sus Constituciones en forma perentoria.

Una nota relevante es que sus normas son reglamentarias de la carta magna, ya que desarrollan sus preceptos; sin embargo, es criticable que algunas reproduzcan los artículos de la Constitución federal, aunque en muchos casos los constituyentes locales suelen abundar a detalle en catálogos de derechos a favor de las personas, imponiendo obligaciones al poder público. Conforme el derecho constitucional correlativo de las entidades federativas, es de soste-

nerse que las Constituciones locales son de naturaleza complementaria de la carta magna.

Finalmente, poseen los elementos esenciales de toda Constitución: ser la norma suprema del ente político; respetar los parámetros del orden político y jurídico establecidos en la Constitución federal y servir como un cauce de libertades para la gobernabilidad democrática, expresando la escala de valores fundamentales que impera en una comunidad política para su reconocimiento y desarrollo. Este cuerpo de normas prevalece sobre cualquier otro legal o secundario, los cuales están sujetos a ella. Debe subordinación únicamente a dos categorías: a la Constitución federal y al Poder Constituyente.

No obstante que la subordinación se traduce en la potestad de actuar dentro de los límites explícitos e implícitos que una entidad federativa debe respetar, puede constatarse que las Constituciones locales son verdaderos textos fundamentales porque organizan la vida política de los estados y juegan un papel preponderante en un régimen federal de gobierno.

José Miguel Madero Estrada

Constitución *octroyée* (o concedida)

Se define *octroyée* (o *concedida*) una Constitución otorgada por el soberano como autolimitación a su poder. Se trata de una clasificación basada sobre el criterio de la naturaleza del Poder Constituyente, que en este caso no es expresión del ejercicio de soberanía popular. Ejemplos típicos de Constituciones *octroyées* son, entre otros, el Estatuto Albertino italiano del 1848, la Constitución de Bayona (España, 1808) y el Manifiesto de la Libertad de Nicholas II de Rusia en 1905 (véase constitucionalismo, Constitución).

Silvia Bagni
(traducción de Eduardo Ferrer Mac-Gregor)

Constitución otorgada

Según el origen, una Constitución puede ser otorgada, impuesta, pactada o expedida como resultado de la voluntad popular soberana. Cuando no deriva de un poder constituyente, cuyo titular como se sabe es el pueblo en un régimen democrático, se está en presencia de una Constitución "otorgada", término que tiene su origen en la voluntad misma de los detentadores del poder político.

Por tal motivo se afirma que este tipo de carta política suele ser contraria a la concepción del constitucionalismo liberal y es propia del *ancien régime,* la cual se apoya en doctrinas encaminadas a denegar radicalmente la Constitución como acto de voluntad del Constituyente, acogiendo la idea de la Constitución-acto, que corresponde tradicionalmente a un Estado monárquico donde el soberano o monarca, como titular de la soberanía, es quien unilateralmente la otorga (*octroyées*), por lo que la relación entre el monarca y el pueblo, que se concreta a través de la Constitución, se reduce a que este último es simplemente receptor de lo que el monarca decida otorgar y reconocer como derechos para sus súbditos.

De manera que es Constitución "otorgada" aquella que, no obstante poseer el carácter de ley suprema, se genera por una concesión que hace el depositario del poder político. Al respecto, este tipo de Constitución ha tenido lugar cuando el rey o monarca, por un acto de gracia hacia su pueblo, otorga una carta magna mediante la cual, de manera voluntaria, reconoce ciertos derechos, acota sus facultades al conceder contrapesos de poder a otras instancias —principalmente de carácter parlamentario— y con ello queda subordinado al mandato de la propia Constitución. Como un ejemplo clásico podemos citar la Carta Constitucional de Luis XVIII del 4 de junio de 1814, que, a sugerencia del ministro Talleyrand y ante el temor del surgimiento de un nuevo movimiento revolucionario, se concluyó que no era posible sostener la Monarquía sin limitar el poder real. Entonces, el monarca recurrió al subterfugio de dotar de una Constitución a sus súbditos franceses; por lo que tuvo apariencia de ser una dádiva del rey a sus gobernados.

Sin embargo, para evitar ciertas confusiones, conviene aclarar las diferencias entre "Constitución otorgada" y "Constitución impuesta". La primera, como ya se dijo, es una concesión dada por el titular del poder político en aras de evitar movimientos enardecidos revolucionarios, pero que disminuían su ámbito de poder, generando cierta reestructuración de la organización estatal. En cambio, la segunda ha tenido lugar al generarse un nuevo Estado, o bien al perder su plena soberanía a consecuencia de una confrontación bélica y en el caso de territorios coloniales que logran adquirir su independencia. Este tipo de Constitución se caracteriza por la intervención de un Estado diferente que impone un ordenamiento constitucional, es decir, existe un procedimiento formativo de Constitución *externa,* que impone a la fuerza un ordenamiento constitucional.

Algunos ejemplos dan cierta pauta para aclarar de mejor forma esas diferencias, tal como nos ilustra el caso del Estatuto Provisional del Imperio Mexicano expedido el 10 de abril de 1865 por Maximiliano de Habsburgo, mismo que tuvo por objeto organizar su gobierno, dentro del cual se estipuló que el emperador representaba la soberanía nacional y la ejercería en todos sus ramos, garantizando a los gobernados la igualdad ante la ley, la seguridad personal, la propiedad y el ejercicio de su culto.

Lo mismo puede decirse de la Constitución japonesa de 1946, que siguió el modelo impuesto por un órgano de un Estado extranjero; igualmente, la Ley Fundamental alemana de 1949 fue condicionada por las potencias ocupantes, ya que el proyecto debe someterse a la aprobación de la jefatura de las potencias occidentales; del mismo modo, numerosas Constituciones en territorios dominados por los ingleses fueron dictadas por el Parlamento británico (Canadá, 1867; Austria, 1901; Sudáfrica, 1909), o por actos gubernativos (*orders in council*) para Estados recién independizados en diversos continentes (Nigeria, 1946; Jamaica, 1962; Bermudas, 1962; Anguila, 1967; Mauricio, 1968; Fidji, 1970, y Malta, 1964).

Así pues, a diferencia de las cartas políticas impuestas, la "Constitución otorgada", cuya clasificación es idea de James Bryce, resulta ser producto de un acto concesorio unilateral del órgano que detenta el poder político, sobre ciertas y cuales prerrogativas dirigidas a los gobernados, estableciendo al mis-

mo tiempo controles al poder público, lo que si bien limita o reduce el campo de actuación estatal en favor de gobernados, son decisiones que entrañan cierta regularidad constitucional para evitar insurrecciones que den al traste con el poder político que se detenta.

José Miguel Madero Estrada

Constitución pactada

Se define *pactada* una Constitución que encuentra legitimidad en el acuerdo entre el Soberano y la asamblea representante del pueblo. Se trata de una clasificación basada sobre el criterio de la naturaleza del Poder Constituyente (véase clasificaciones). La Constitución pactada representa una forma intermedia entre aquellas de origen popular y aquellas *octroyées* (véase Constitución *octroyées* (o concedida). Se consideran ejemplos de Constituciones pactadas la sueca de 1809, la francesa de 1830 y la de Prusia de 1850 (véase constitucionalismo, Constitución).

Silvia Bagni
(traducción de Eduardo Ferrer Mac-Gregor)

Constitución provisional

Se habla de *Constituciones provisionales* para indicar los textos constitucionales que, si bien plenamente en vigor, deben ser reemplazados en el corto plazo por las nuevas Cartas constitucionales con un contenido más profundo y completo, o después de un proceso constituyente que necesita condiciones sustanciales o de procedimiento que en la actualidad no existen. Se define provisional, por ejemplo, la Constitución de Nepal de 2007; ha sido una Constitución provisional el *Constitutional Framework* de Kosovo antes de la Constitución de 2008; era provisional la Constitución de Sudáfrica de 1993, luego sustituida por la actualmente en vigor desde 1997.

Silvia Bagni
(traducción de Eduardo Ferrer Mac-Gregor)

Constituyente permanente

La expresión se ha utilizado, sobre todo en México —a partir de la obra de Felipe Tena Ramírez—, para designar la potestad revisora y modificadora de la Constitución, entendida ésta como ley suprema y pináculo del sistema de fuentes legislativas.

La consideración de un poder constituyente distinto al originario, esto es, al propio del momento privilegiado en que, al decir de Schmitt, un pueblo toma conciencia de su ser político y se dota con una Constitución, no deja de ser problemática. Lo es en lo referente a los límites de su accionar, en lo procedimental y en lo material, pero también en lo que se refiere a su configuración y legitimación como órgano de actuación prácticamente autónomo.

En países de estructura compuesta, la revisión y la eventual modificación de la Constitución traen consigo la cuestión de lo que García-Pelayo ha lla-

mado las funciones de innordinación, es decir, la cuestión de la participación de las unidades políticas y administrativas menores en la formación de la voluntad del conjunto, sea éste una Federación, una Confederación o un Estado autonómico como el español. Las soluciones (someter las modificaciones a referéndum por parte de las regiones, exigir en él la unanimidad, solicitar la aprobación por simple mayoría de los órganos legislativos locales, conformarse con la autorización por parte de una cámara a la que se considere representación de la estructura compuesta del Estado, etcétera) distan de ser pacíficas. Se entiende casi universalmente que el consenso existente en el momento originario debe tratar de reproducirse con la mayor fidelidad posible al tiempo de la reforma constitucional, pero la estructura y mecanismos de tal reproducción resultan, como hemos dicho, problemáticos.

Llamar "poder constituyente permanente" al órgano revisor de la Constitución puede acarrear la implicación, como criticó en su momento Sánchez Medal, de que la reforma constitucional no posee límites en lo tocante a lo material. Así, en sistemas como el mexicano, que carecen de cláusulas intangibles y de "núcleos duros" de derechos irreformables, las reformas y adiciones constitucionales resultarían válidas en sí mismas siempre que hayan seguido el proceso adecuado al efecto (regulado sin mayor precisión en el art. 135 de la Constitución general de la República), incluso si resultan incongruentes o contradictorias respecto de otras disposiciones fundamentales. Siguiendo este razonamiento, tales Constituciones carecerían de cláusulas de "eternidad no escritas" (Häberle) y podría asumirse la perpetua inconstitución de la República, según expresó a mediados del siglo XIX Mariano Otero.

Si bien es cierto que ninguna generación tiene derecho a pretender que las generaciones futuras sean rehenes de sus decisiones (la frase es de Jefferson), resulta claro que en los Estados constitucionales y democráticos de derecho la reforma constitucional posee un límite primerísimo de orden material, como ha señalado Böckenförde: debe poseer una "voluntad de Constitución" para referirse a lo propiamente constitucional, no sólo en lo que respecta a la estructuración y reparto fundamental de los poderes del Estado, sino en lo tocante al respeto y garantía irrestrictos de la única razón que posee el propio Estado, es decir, los derechos universales e inalienables de las personas. Así, toda reforma que en el papel atente en contra de la dignidad humana asumida como cláusula de apertura y cierre del razonamiento constitucional (párrafo 5 del nuevo art. 1o. de la Constitución mexicana) debe entenderse como impropia del ordenamiento y debe, por tanto, expulsarse del mismo, independientemente de la colocación que le haya asignado una mayoría legislativa usualmente proclive a tratar de fijar su programa partidista en la ley básica del Estado.

En este sentido, puede afirmarse válidamente que los derechos fundamentales y la protección más amplia que se debe dar a las personas conforman, en el sentido de Grimm, la "identidad constitucional" de una Constitución que, como la mexicana, carece de límites explícitos a la acción del órgano reformador, si bien posee referentes principialistas que evidentemente vinculan al llamado "constituyente permanente". Las "reformas demolitorias de la Constitución" (de nuevo Sánchez Medal) devienen, pues, en fundamen-

tal contrasentido, y los tribunales nacionales e internacionales han tendido en los últimos años a considerarlas contrarias al orden constitucional, si bien nuestra reciente Ley de Amparo insiste en la añeja posición de considerar improcedente una reclamación incoada en contra de una reforma fundamental a través del juicio de amparo.

Rafael Estrada Michel

Control abstracto de inconstitucionalidad

El control abstracto de inconstitucionalidad (de las leyes parlamentarias) se contrapone al llamado control concreto. Es la clasificación más tradicional e importante del control de la constitucionalidad, tras la que opone el control concentrado y el que Schmitt acuñara como "control difuso", y con la que la primera está estrechamente relacionada y entrelazada.

La distinción entre control abstracto y control concreto (*abstrakte, konkrete Normenkontrolle*) surge en la doctrina germana para contrastar dos modalidades de control de la constitucionalidad de las leyes parlamentarias por el Tribunal Constitucional: *a)* el control de constitucionalidad de una ley llevado a cabo a instancia de ciertos órganos políticos y *completamente al margen de todo caso o litigio concreto* y de la aplicación que haya podido tener esa ley (que a veces todavía no se ha aplicado siquiera), y *b)* el control de la constitucionalidad de las leyes que el Tribunal Constitucional ejerce a instancias de un juez o tribunal que, a la hora de resolver un determinado litigio, se encuentra en la necesidad de aplicar una ley sobre cuya constitucionalidad se le plantean dudas o existen divergencias de opinión, por lo que eleva la cuestión sobre la constitucionalidad de la ley al Tribunal Constitucional. Mientras que en este último supuesto, la dialéctica del caso concreto tendrá, por lo general, un juego importante, no será así en el primer caso, en el que el tribunal lleva a cabo un control de la constitucionalidad con total abstracción de la aplicación concreta del derecho y se limita a resolver una discrepancia abstracta en torno a la conformidad (o disconformidad) de un texto legal con el texto de la propia Constitución. Se trata de dos mecanismos diferentes con un mismo fin: garantizar la seguridad jurídica en su modalidad de protección de la Constitución frente al legislador por la jurisdicción (*Hüter der Verfassung*). El control concreto se basa en la desconfianza frente al juez ordinario, evitando que cualquier juez pueda cuestionar la voluntad y autoridad del legislador democrático posconstitucional, así como en la mayor eficacia de ese control concentrado en un órgano y que además muchas veces sienta doctrina constitucional vinculante frente a diversas interpretaciones en disputa de los tribunales ordinarios.

Y si en los sistemas con control concentrado, y además monopolio de control (*Verwerfungsmonopol*), de la constitucionalidad (como el alemán, el español o el italiano) es posible establecer esta contraposición entre control abstracto y control concreto; el contraste es todavía mayor —y por ello, menos artificial— entre ese control abstracto dotado de efectos generales y el control *absoluta o genuinamente* concreto, característico del modelo norteamericano o difuso, y luego de tantos otros sistemas que lo siguen o los sistemas mixtos o duales de control difuso y concentrado. Ese control difuso y concretísimo de la consti-

tucionalidad permite a cualquier juez resolver, directamente y por sí mismo —sin necesidad de remitir la cuestión de constitucionalidad a la Suprema Corte o al Tribunal Constitucional—, sobre la constitucionalidad de una ley que deba aplicar al caso que esté conociendo, con eficacia limitada a las partes que intervienen en el proceso.

El carácter abstracto del control hay que ponerlo en inmediata relación con la legitimación para su interposición, pues si bien existen algunos países (así, ya desde el siglo XIX, Colombia o Venezuela, o Hungría) o Estados federados (Baviera) en los que existe una legitimación popular para instar el control abstracto de la constitucionalidad, en general puede decirse que el control abstracto está ligado, en principio, a la legitimación orgánica (*Organklage*), restringida a ciertos órganos políticos que, en su caso, ejercitarán la acción no para defender sus propios derechos o intereses, sino más bien para actuar en defensa *objetiva* de la Constitución, "en interés de la Constitución y su primacía", dando lugar a un control de la constitucionalidad de tipo abstracto, desligado del caso concreto y de todo interés particular de los sujetos legitimados.

Es fácil imaginar que el carácter abstracto de la acción —al margen, pues, de todo supuesto particular de aplicación de la norma y de cualquier situación jurídica subjetiva—, así como la naturaleza política de los órganos legitimados para impetrarlo, lleva a que estos juicios tengan una gran carga política, y en ocasiones no sean más que una forma de prolongar, en la vía procesal, un enfrentamiento entre mayorías y minorías parlamentarias o entre centros de poder territorial (generalmente entre los gobernados por partidos de tendencia política diversa). Este riesgo de politización se acentúa si, como ocurre en algunos países como Alemania o España, el control abstracto da lugar a que cualquier ley controvertida sea sometida al Tribunal Constitucional inmediatamente después de ser aprobada en el Parlamento. Esta elevada politicidad de la acción de inconstitucionalidad hace que quede en entredicho el carácter pretendidamente objetivo de esta vía procesal, pues no ofrece dudas que cada parte defenderá una posición política, y el órgano de la constitucionalidad acabará dando la razón a una u otra fuerza política. Ello puede llevar a que las decisiones del tribunal sean valoradas como una victoria política, pudiendo llegar a ver la opinión pública al órgano de la constitucionalidad como una suerte de "tercera cámara", lo que explicaría que algún sector de la doctrina alemana hable, un tanto irónicamente, de la "cuarta lectura" de la ley, o incluso del Tribunal Constitucional como soberano oculto (*heimlichem Souverän*).

E incluso se propugna por algunos la abolición del control abstracto, lo que sin embargo no es una opinión mayoritaria al día de hoy y no prospera en ningún país. Frente a las propuestas de supresión, por otra parte, otros consideran que el control abstracto puede ser un instrumento para llevar a cabo una notable depuración del ordenamiento jurídico, y para lograr el reconocimiento efectivo del valor normativo de la Constitución en la vida política cotidiana, mediante la aceptación por todas las partes de las soluciones *constitucionales al llevar a cabo este control*; que el mismo permite poner fin a conflictos políticos que difícilmente habrían encontrado una solución por otra vía, sino que más bien se habrían agudizado y encrespado de manera indefinida en la

vida política, con efectos corrosivos sobre todo el sistema, y que en todo caso podrían ser un "león durmiente" de la vida político-constitucional del país. Es cierto que, en muchas ocasiones, el control abstracto puede operar como medio de prorrogar por la vía judicial un conflicto que en la vía política no ha hallado solución adecuada, más todavía si se tiene en cuenta la fugacidad del plazo para instarlo que suele preverse; pero —se afirma por sus defensores—, de un lado, no cabe desconocer que, como dijera Wilhem Wangler y nos recuerda Bachof, ni el carácter político de un acto excluye su conocimiento jurídico, ni el efecto político del enjuiciamiento le priva de su carácter jurídico, y este control abstracto garantiza la protección de la jerarquía normativa nada menos que en su cúspide frente al legislador ordinario e incluso frente al poder constituyente constituido (o de reforma de la Constitución); y de otro lado, la verificación del control abstracto de la ley por un tribunal independiente logra en general una "paz jurídica" y ello por medio de la aceptación, aunque sea "a regañadientes", por ambas partes contendientes de la resolución que se dicte, en la que normalmente tanto la mayoría como la minoría encontrarán puntos en los que se verán "derrotados" y otros en los que se sentirán "vencedores", siquiera de modo interesado, a lo que se prestan técnicas sentenciadoras como la de las sentencias interpretativas, lo que propicia un importante "factor integrador" del control abstracto.

Tanto en el control abstracto como en el concreto se lleva a cabo un juicio lógico y ponderativo de contraste entre dos normas: la ley parlamentaria (o, en su caso, el tratado internacional), su objeto de control, y la Constitución, parámetro de dicho juicio. Ahora bien, mientras que en el control concreto la dialéctica del caso concreto tiene un peso específico, en el control abstracto no es así, sino que se juzga a la ley en sí misma (*on its face*). Por su propia naturaleza, en el control abstracto, que siempre es concentrado, los efectos de la decisión son generales, y de ahí que cuando lo lleva a cabo un tribunal constitucional, se designe a éste gráficamente de "legislador negativo", según la clásica caracterización de Hans Kelsen.

Joaquín Brage Camazano

Control constitucional de jurisdicción concurrente

De acuerdo con el modelo de Estado federal que tenemos, el fortalecimiento de la justicia constitucional requiere su realización desde dos grandes espacios: 1) *desde el ámbito federal*, donde se sitúa la justicia constitucional por antonomasia mediante la defensa y salvaguarda de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 2) *desde el ámbito de las entidades federativas*, desde donde es posible coadyuvar a la defensa de la Constitución federal, mediante acciones que pueden llevarse a cabo ante determinados órganos locales especializados en justicia constitucional.

La justicia constitucional, desde el ámbito de las entidades federativas, será posible en la medida en que el propio federalismo pueda ser revitalizado en todos los órdenes que la lógica del sistema federal concede indiscutible valor e importancia a la participación de los estados miembros.

Para poder hacer partícipes a los estados en la materia que nos ocupa, nos parece que la justicia constitucional local debe establecerse en dos modalidades:

1) *Como control constitucional local puro*. Este modelo de control deberá ser diseñado para la salvaguarda de la Constitución local, particularmente por cuanto hace al mantenimiento de las *declaraciones o principios* contenidos en su preámbulo. Tratándose de un tipo de control local, su competencia estará orientada hacia dos cuestiones de orden local:

a) Control constitucional de actos locales. La competencia en este caso buscará mantener dentro del orden previsto por la Constitución particular de la entidad federativa en cuestión, la actuación de cualquiera de los órganos locales. Esto es, la justicia constitucional local o el control constitucional local, en esta modalidad, servirá para exigir a los servidores públicos de tipo local que su desempeño se ajuste a las prescripciones, más aún, a los principios contenidos en la Constitución local.

b) Control constitucional de leyes locales. El control constitucional deberá incluir de la misma manera el control sobre la producción jurídica de las legislaturas locales. En este sentido, debe caber la posibilidad de que el órgano diseñado para tal efecto pueda realizar las tareas de control previo de la constitucionalidad que debemos atribuir al Tribunal Constitucional federal; en este supuesto, el pre-control legislativo funcionará respecto de las leyes emanadas de los Congresos locales.

Ahora bien, para que el control constitucional local aquí señalado pueda tener viabilidad es necesario cumplir con algunas condiciones, como las siguientes: *primera*, que el control constitucional local deberá verificarse de manera exclusiva en el marco de la Constitución local. Esto quiere decir que si en algún caso planteado ante el órgano de control constitucional local, surgiera algún punto que hiciera necesaria la *interpretación* de la Constitución general, en tal supuesto el asunto deberá remitirse de inmediato al Tribunal Constitucional federal; *segunda*, tanto las acciones de pre-control como las de control constitucional a nivel local servirán para obligar a todos los órganos de la entidad federativa en cuestión a sujetar sus actos a lo prescrito por la Constitución local.

2) *Control constitucional local de jurisdicción concurrente*. Uno de los temas de mayor cuidado debe ser el referente a los alcances del control constitucional local en relación con la Constitución federal. Este mecanismo, que hemos denominado *control constitucional de jurisdicción concurrente*, permitirá a un órgano local determinado llevar a cabo el control constitucional respecto de la carta magna y con ello materializar —en un claro ejercicio de federalismo— la participación del estado miembro en la defensa de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Esta competencia deberá ser reconocida a un órgano jurisdiccional local y podrá tener las siguientes dimensiones:

a) Control constitucional dual o absoluto. Este tipo de control permitirá que el órgano local encargado de hacer partícipe a la entidad federativa en la defensa de la Constitución federal pueda intervenir para salvaguardar cualquier disposición jurídica de la carta magna.

En este caso, la competencia del referido órgano local de control constitucional podrá extender su competencia originaria hasta la defensa y control del contenido de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La competencia concurrente, aquí diseñada, fortalecerá el sistema mexicano de justicia constitucional, una vez que se reconozca a los órganos locales la capacidad para participar en la defensa de la Constitución general de la república.

b) Control constitucional relativo. Este tipo de control constitucional local funcionará sólo respecto de las decisiones políticas fundamentales plasmadas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por lo pronto, el control constitucional de jurisdicción concurrente de tipo relativo podrá garantizar la permanencia de los principios constitucionales (decisiones políticas fundamentales) a través de la defensa de la Constitución en general.

Por otro lado, no hay que perder de vista que también las Constituciones de los estados miembros pueden contener *declaraciones* (no principios constitucionales) que sin contravenir a las decisiones políticas fundamentales de la carta magna, sirven para definir su autonomía y peculiares condiciones de existencia. Para la salvaguarda de tales declaraciones, es posible establecer el control constitucional local respecto de su propia Constitución.

Todo parece indicar que el control constitucional local es necesario para vigilar que las autoridades locales sujeten su actuación a las disposiciones constitucionales contenidas en la propia Constitución local. A través de dicho control será posible, además, defender las *declaraciones* contenidas en el preámbulo de la misma Constitución.

Luego entonces, el control constitucional de jurisdicción concurrente, realizado desde las entidades federativas, es recomendable porque permitirá garantizar:

a) La constitucionalidad dual de las leyes locales. Es decir, permitirá que las leyes aprobadas por las legislaturas de las entidades federativas se adecuen tanto a los principios contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como a los previstos por las Constituciones locales.

b) La racionalidad y jerarquía del orden normativo. Parte importante de las tareas asignadas a los órganos de control constitucional local se materializará en la construcción de un sistema jurídico lógico a partir de la aprobación de leyes que guarden congruencia con el texto de las dos Constituciones, la Federal y la particular de la entidad federativa de que se trate.

c) La eficacia normativa. Con la aprobación de las leyes que sujeten su redacción a los principios y prescripciones de mayor jerarquía de las Constituciones será más fácil cumplir con los "contenidos" de la carta magna y con los propios principios redactados en las Constituciones locales. Con un sistema federal de justicia constitucional como el aquí propuesto, podrá acortarse la enorme distancia que en muchos casos hay entre lo que dice la Constitución y lo poco que las leyes secundarias son capaces de convertir en posibilidad y acción.

Control constitucional de oficio

Debe quedar bien en claro que la problemática *del control judicial de las leyes* aparece en aquellos países que tienen Constituciones rígidas, pues en los que la carta suprema es flexible —como por ejemplo en Inglaterra o en Italia antes de la reforma de 1948— los conflictos normativos se resuelven en la escala horizontal, en los que la *lex* posterior deroga a la anterior. En esta última circunstancia, al no haber una jerarquía piramidal de las reglas por falta de una ley fundamental única, rige el principio cronológico antes apuntado.

Con respecto a la factibilidad de que el Poder Judicial declare la inconstitucionalidad de oficio, gran parte de los publicistas se han plegado a la doctrina permisiva, considerando, entre otros argumentos, que la experiencia comparativa demuestra que es éste el camino correcto.

En efecto, repárese —por ejemplo— que en el sistema hispano, el Tribunal Constitucional está potenciado para fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto de la carta suprema, *haya o no sido invocado en el proceso.*

Como se trata de un andarivel de tipo concentrado, los jueces inferiores no pueden decidir el tema constitucional, mas la Ley Orgánica les permite plantear —de oficio o a pedido de parte— la cuestión ante el Tribunal Constitucional (art. 35.1, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

En Francia, el Consejo Constitucional controla "obligatoriamente" las leyes orgánicas y los reglamentos de las asambleas parlamentarias.

Hemos dicho que la mayoría de los autores, salvo escasas excepciones, está por la corriente permisiva, sobre la base de una serie de fundados basamentos. Desde tal área conceptual se ha expresado que la temática constitucional es una cuestión de derecho (*iuris novit curia*), por lo que puede ser resuelta por el juez, aun ante el silencio de las partes.

Se añadió, siempre en el mismo orden de pensamiento, que muchas veces el planteo de inconstitucionalidad surge tácitamente cuando se infiere de la pretensión o de la excepción puestas en juego por los intervinientes en el juicio. Puede suceder, por ejemplo, que el litigante se resista a la posición fáctica del contrario, sin invocar la subversión del orden jurídico supremo, y en esas circunstancias resulta factible colegir que el judicante no actúa *motu proprio*, sino a impulso del justiciable.

La veda de intervenir *ex officio* debe entenderse, en una interpretación finalista y abarcadora, en el sentido de que el órgano jurisdiccional está imposibilitado para obrar *fuera del proceso;* vale decir que no está habilitado para hacer esta declaración más allá de los límites del litigio, ya que en esas circunstancias no cabe duda que podría producirse un conflicto entre los poderes del Estado.

Además, en las condiciones precedentemente indicadas no es correcto decir que haya violación del principio de congruencia, si recordamos que, tratándose de un tema jurídico, la regla es que no se necesita planteamiento expreso de las partes.

Por último, considero que tampoco tiene peso suficiente la opinión que expresa que la falta de planteo de la cuestión constitucional implica una re-

nuncia, ya que por un lado ésta no se presume y, por otro, no es posible que en determinados pleitos los justiciables abandonen las garantías de la carta magna, y que ello vincule al juez.

Por eso se dice que si la autonomía de la voluntad cede en el derecho privado, con más razón ello debe suceder en los limbos del orden público y sobre todo cuando está en juego la aplicación del estatuto supremo de cada país.

Los epígonos de la tesis negativa han utilizado un soporte argumental trifásico, llegando a la conclusión de que no es posible la declaración oficiosa de inconstitucionalidad. Ello es así, primero, pues —según dicen— de lo contrario se altera la división de los poderes; segundo, porque se atenta contra la presunción de legitimidad de los actos estatales, y tercero, en virtud de que se roza el postulado de la defensa en juicio, al admitirse la ruptura del principio de congruencia.

La corriente permisiva —expuesta al principio— ha rebatido tal basamento sobre la base de los siguientes argumentos:

Con respecto a la descompensación del principio de división de los poderes, se ha retrucado que la declaración de inconstitucionalidad, dicha en una causa judicial, *con efectos limitados a las partes*, no puede producir el desbalance del sistema de libre flotación de los poderes del Estado; y en todo caso, si fuera así, en nada cambia que exista o no pedimento de los justiciables.

Ello, computando que —por regla— la decisión de referencia tiene viabilidad —como vimos— sólo en el proceso en que se dicta, y por ende no "deroga" al precepto discutido.

Con referencia a la presunción de legitimidad de los actos estatales, la misma es sólo *iuris tantum,* y por ende cede cuando se contraría una norma de jerarquía superior, circunstancia que opera si las leyes o los actos administrativos desoyen la prédica de la carta suprema.

La sentencia judicial también goza de esa "presunción" o película protectora, pero a nadie se le ocurre actualmente pensar que la misma sea irrevocable cuando está apoyada en circunstancias fácticas que *a posteriori* quedan desbaratadas (revisión de la cosa juzgada).

Otro de los fundamentos que sostuvieron los que proponen la corriente negatoria referida a los postulados de la defensa en juicio y de congruencia es que —según ellos— los que imparten justicia están imposibilitados de ocuparse de las cuestiones no llevadas por las partes al pleito.

Esta argumentación es la más fácil de rebatir, pues —repetimos— dicha temática es típicamente jurídica (de derecho); de ahí entonces que el *judex* pueda llevarla al momento de sentenciar sin que sea necesario el impulso o el empujón de los justiciables.

En suma, la tesis más generalizada en el derecho comparado sostiene que si estamos en el campo de la interpretación, es el juez —dentro de su competencia— quien pone en juego los preceptos normativos sin necesidad de pedimento alguno. Por ello puede concluirse que si la sentencia debe recaer sobre el objeto litigioso, abarcando no sólo la cuestión principal sino también las accesorias e incidentales, parece notorio que en la aplicación del derecho, lo atinente a la constitucionalidad implica, aun ante el silencio de los intervinientes, un aspecto central de *iuris* que debe resolverse de oficio.

En la República Argentina —se trata de un país federal— impera el sistema de control de constitucionalidad difuso, similar al esquema norteamericano. La Corte Suprema de la Nación, que ejerce las funciones de Tribunal Constitucional, se ha plegado en los últimos tiempos a la doctrina permisiva, sosteniendo que al haberse incorporado a la Constitución Nacional los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 25, inciso 22), rige la regla interpretativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que permite esta posibilidad. Ello es así siempre y cuando se ejerza en el marco de las respectivas competencias y las regulaciones procesales correspondientes.

En ese país la mayoría de los autores y la jurisprudencia coinciden en la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de oficio tanto en el orden nacional como en gran parte de las provincias (estados), donde se ha aplicado dicha postura, cristalizada en las Constituciones locales, como por ejemplo las de La Rioja, San Juan, Río Negro, San Luis, Tierra del Fuego y la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El art. 43 de la Constitución Nacional dispone que toda persona puede interponer la acción de amparo en determinadas circunstancias, y en el caso el juez puede decretar la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

Si utilizamos los parámetros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito del control de convencionalidad cuyos postulados generales son válidos para la revisión de constitucionalidad, tengamos presente que ese cuerpo jurisdiccional, a partir del *Caso Almonacid Arellano* ha puesto de relieve que los jueces deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también un control de convencionalidad *ex offici*o, criterio que se ha ido convalidando en fallos posteriores, sosteniéndose que esta tarea deben hacerla "todos los jueces de cualquier jerarquía" (*Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, entre otros). También dijo ese organismo que esta inspección puede llevarse a cabo aun antes de que la norma sea aplicada en el caso concreto.

Juan Carlos Hitters

Control constitucional local

En relación con el control de la constitucionalidad, Manuel Aragón señala: "El control jurídico no tiene por objeto a las personas, ni siquiera, exactamente, a los órganos, sino a los actos de esos órganos o autoridades. Y no a los actos 'políticos'... sino a los actos jurídicamente relevantes" (Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*).

Podemos resaltar un vínculo directo entre la defensa de la Constitución y el control de la constitucionalidad. Esto es, que el mantenimiento del texto constitucional, el cuidado para evitar que sea violentado o vulnerado, son tareas que conforman una parte del sistema integral de justicia constitucional, el cual se complementa con las acciones que sirven para llevar a cabo el control constitucional de actos y de leyes; dicho control, ideado para exigir a todos los órganos el respeto irrestricto del texto constitucional, sirve a la vez para realizar de manera concomitante la defensa de la carta magna.

De acuerdo con esto, es preciso insistir en que el control de la constitucionalidad tiene como propósito ejercer los mecanismos jurídicos que tanto en

el aspecto preventivo como en las tareas de tipo correctivo pueden servir para contener en los límites de la Constitución a toda la producción jurídica del Estado y, asimismo, para obligar a las autoridades a que sometan su desempeño a lo prescrito por la carta magna.

Podemos afirmar entonces que con la defensa constitucional se protege la estructura del máximo ordenamiento legal en una entidad federativa y, al mismo tiempo, al mantener inalterado el texto de dicho ordenamiento, se defienden las decisiones políticas fundamentales que tienen en el control de la constitucionalidad su más firme límite. Así, "Las normas constitucionales de estabilización (o defensa) de la Constitución nos indican, no sólo las técnicas y los medios para ello, sino también: *a)* a quién cabe defenderla y guardarla; *b)* contra quién se dirigirá la defensa y guarda" (Afonso da Silva, José, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*).

Al interior de las entidades federativas que integran el Estado mexicano, la parte correspondiente al control constitucional se debe desglosar en dos grandes ámbitos: el pre-control constitucional legislativo y el control constitucional orgánico.

De acuerdo con este diseño, el control previo de constitucionalidad se debe integrar con aquellos instrumentos jurídicos de carácter técnico-consultivo que tienen como propósito vigilar que la producción jurídica estatal se apegue siempre a las disposiciones constitucionales. Al respecto se ha dicho que: "El Tribunal Constitucional realiza dos clases de control: uno preventivo y otro *a posteriori*. El control preventivo lo ejerce sobre las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes interpretativas de la Constitución. En este caso la Cámara de origen tiene obligación de recurrir al Tribunal enviando el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquel en que queda totalmente tramitado por el Congreso" (Quinzio Figueiredo, Jorge M., *Justicia constitucional en Chile*). Para el caso del control constitucional orgánico, es urgente imponer limitaciones jurídicas absolutas a la actuación de los titulares de los órganos primarios del Estado, a fin de evitar la violación de la Constitución y, en su caso, hacer posible su reparación.

La parte correctiva de la defensa de la Constitución merece un tratamiento especial que nos permita contener y mantener el desempeño de quienes ejercen el poder público, en los límites impuestos por la propia *norma normarum*.

En las líneas que siguen nos permitimos esbozar en un estudio *de lege ferenda*: cómo puede operar el derecho procesal constitucional en el Estado mexicano, sin perder de vista la capacidad que en esta relevante materia tienen y debe reconocerse a las entidades federativas. Nos parece que ya es tiempo de engarzar las tareas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con las que —en un Estado federal— deben tener los tribunales de justicia locales (véase Uribe Arzate, Enrique, *El Tribunal Constitucional*).

I. El pre-control constitucional legislativo. Teóricamente, esta forma de control constitucional tiene como propósito vigilar que la producción jurídica estatal se apegue siempre a las disposiciones constitucionales.

Durante el proceso de creación de la ley, y en el caso de las propuestas de reforma constitucional, el órgano encargado del control constitucional al

interior de las entidades federativas deberá hacerse cargo de dos tipos de funciones, igualmente importantes:

a) *Opiniones consultivas.* Una exigencia primaria se traducirá en las consultas que de manera obligatoria deberán ser formuladas por los órganos encargados de la creación de la ley (trátese del Poder Legislativo federal o de las legislaturas de las entidades federativas) para saber si determinado proyecto legislativo se adecua al contenido de la Constitución.

b) *Resoluciones con fuerza obligatoria.* Estas resoluciones se emitirán una vez que el órgano responsable del control constitucional conozca, incluso de oficio, de irregularidades en los procedimientos de creación de la ley o de reforma constitucional; en este caso, la resolución que se emita tendrá el propósito de inhibir al órgano de mérito para que no continúe con el procedimiento legislativo.

En este ámbito, se deberán atender dos tareas de singular relevancia: 1) el pre-control legislativo en *los procesos de creación de la ley*, y 2) el pre-control legislativo en *los procesos de reforma constitucional*.

II. El control constitucional orgánico. Es evidente que la justicia constitucional debe incluir el escenario propio de la reparación constitucional cuando los titulares de los órganos del Estado hayan trastocado el orden o los principios de la carta magna. En este caso, será indispensable contar con los mecanismos que hagan posible la reparación constitucional.

Para llevar a cabo el control constitucional orgánico es preciso contar con las *acciones de reparación* viables y de alcances ciertos, a fin de restaurar el orden constitucional que sea vulnerado con determinaciones de los servidores públicos de la entidad federativa.

Cada una de las entidades federativas debe garantizar al interior de su territorio la supremacía de su Constitución. Para ello requiere del establecimiento de medios e instrumentos que en la medida de lo posible eviten violaciones al texto de esa norma, mediante el control de los actos de los servidores públicos, y al mismo tiempo permitan su reparación en caso de que el daño a la supremacía constitucional sea inevitable.

Enrique Uribe Arzate

Control constitucional por órganos administrativos

En la doctrina se emplea la locución control constitucional en alusión a los dispositivos jurídicos creados para asegurar la vigencia efectiva de los preceptos constitucionales y, en consecuencia, invalidar los actos o normas que la contradigan, en aras de la supremacía constitucional.

Se encomienda el control constitucional, principalmente, a instituciones jurisdiccionales que en México lo ejercen a través del juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad.

Al lado de las instituciones jurisdiccionales encargadas del control jurisdiccional surgen, en el derecho comparado, órganos u organismos que participan en esas tareas, entre los que destacan el *Ombudsman* y el Consejo de Estado.

Uno de los temas más importantes del control constitucional es el relativo a los derechos humanos, que en México adquiere mayor relevancia a raíz de la modificación a la denominación del capítulo I del título primero de la Constitución, y la reforma y adición a su art. 1o. (*Diario Oficial de la Federación* del 10 de junio de 2011), en cuya virtud el nuevo rótulo del referido capítulo I es, ahora, "De los derechos humanos y sus garantías", y se determina que la normativa correspondiente a los derechos humanos se interprete de acuerdo a la Constitución y a los tratados internacionales sobre esa materia, y previene que las autoridades promoverán, respetarán, protegerán y garantizarán los derechos humanos de las personas en consonancia con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; consecuentemente, el Estado habrá de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos previstos en ley.

Para el control constitucional en materia de derechos humanos, el orden jurídico mexicano ha recurrido a la institución jurídica sueca del *Ombudsman*, que empezó a gestarse en 1713 cuando el rey Carlos XII creó el cargo de supremo representante del monarca, *Hagste ombudsmannen*, cuya función consistía en que los funcionarios cumplieran sus funciones con apego a la ley, y se consolidó en la Constitución sueca de 1809, cuyo art. 96 dispuso que el Parlamento designara un jurisconsulto de reconocido prestigio como *Ombudsman* (representante) del *Riksdag* (Parlamento), para vigilar a los tribunales y funcionarios a efecto de que éstos actuaran con apego a las leyes y, en su caso, perseguir a los que en el desempeño de sus funciones incurrieran en ilegalidades o negligencias, ya fuera por parcialidad, favor o cualquier otra sinrazón. En la Constitución sueca del 28 de febrero de 1974 se dispone: "Artículo 6o. El Parlamento elegirá uno o varios Ombudsman para que, con arreglo a las instrucciones que el propio Parlamento acuerde, ejerzan supervisión sobre la aplicación en la administración pública de las leyes y demás disposiciones. El Ombudsman podrá entablar acción judicial en los supuestos que las instrucciones especifiquen".

Al final de la Primera Guerra Mundial, en 1919 Finlandia asumió su independencia, separándose de Rusia, y en el art. 49 de su Constitución del 17 de julio de aquel año creó al *oikeusasiamies eduskunnan* (delegado del Parlamento), que vino a ser el *Ombudsman* finlandés.

Concluida la Segunda Guerra Mundial, Dinamarca y Suecia incorporaron en sus respectivos órdenes jurídicos la institución del *Ombudsman*, con lo que adquirió éste un talante escandinavo.

En la segunda mitad del siglo XX, numerosos países, Alemania, España, Francia, Israel, Nueva Zelanda y Portugal, entre otros, incorporaron a sus correspondientes estructuras políticas, con mayores o menores variantes y diversas denominaciones, al *ombudsman* —comúnmente caracterizado porque sus resoluciones no son vinculatorias, y sólo se apoyan en su *auctoritas*—, lo que le imprimió un carácter internacional.

En México se ha incorporado el *Ombudsman* al orden jurídico nacional mediante la creación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y las instituciones homólogas en las entidades federativas, en cumplimiento de lo previsto en el apartado B del art. 102 constitucional, que ordena: "El Con-

greso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos".

Entre los atractivos del *Ombudsman*, como dispositivo de control constitucional, figuran la sencillez y rapidez de su trámite, que evitan al agraviado el apoyo de un profesional del derecho, pues se inicia con una simple queja que en México puede ser oral.

En varios países que han adoptado al *Ombudsman* se le ha denominado Defensor del Pueblo, como ha ocurrido en Bolivia, España y Guatemala, por ejemplo.

Otro dispositivo de control constitucional en sede administrativa es el inserto en el instituto de origen francés denominado Consejo de Estado, creado durante la Revolución Francesa por decisión del primer cónsul Napoleón Bonaparte, y que con mayores o menores variantes ha sido adoptado por diversos países como Bélgica, España, Italia y Colombia.

Conforme al modelo original francés, previsto en la Constitución de 1799, el Consejo de Estado ejercía una función consultiva, al servicio de los cónsules, respecto de leyes y reglamentos de la administración pública. El 5 nivoso del año VIII se expidió una disposición reglamentaria en cuya virtud el Consejo de Estado se encargó de los asuntos contenciosos, en un esquema de justicia retenida, pues su función se reducía a proponer, al primer cónsul, la solución a cada reclamación administrativa presentada por los gobernados.

En México, la Constitución de 1836 previno la existencia del Consejo de Estado, bajo la denominación de Consejo de Gobierno, compuesto por 13 miembros, al que encomendó la función consultiva, en cuyo desempeño debía dar al gobierno su dictamen en todos los casos y asuntos que se le consultaran. Posteriormente, la Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo, del 25 de mayo de 1853, en su art. 4o., dispuso la existencia, en el Consejo de Estado, de una sección —que nunca se creó— compuesta por cinco abogados nombrados por el presidente de la República, para conocer de lo contencioso administrativo. El derrocamiento de la dictadura de Antonio López de Santa Anna se tradujo en la abolición de la Constitución de 1836 y de la Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo del 25 de mayo de 1853, sin que nunca se haya reinstaurado el Consejo de Estado en México.

Como en otros países, en España subsiste el Consejo de Estado, caracterizado por el art. 107 constitucional como supremo órgano consultivo del gobierno, dotado de autonomía orgánica y funcional, para asegurar que pueda ejercer la función consultiva de manera objetiva e independiente.

Habida cuenta que conforme al art. 21 de la Ley Orgánica 3/1980, del 22 de abril, del Consejo de Estado, éste debe ser consultado, entre otros asuntos, en tratándose de anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales

y del derecho comunitario europeo; podrá ejercer control constitucional mediante dictamen adverso al anteproyecto, cuando éste contravenga la Constitución.

Jorge Fernández Ruiz

Control constructivo (positivo) de convencionalidad

I. Control represivo y control constructivo de convencionalidad. En cuanto a sus resultados, el control de convencionalidad sentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos asume dos papeles distintos, en aras de afirmar la supremacía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El primero, afirmado a partir de *Almonacid Arellano vs. Chile,* es de tipo *represivo,* y procura la inaplicación de las reglas nacionales (incluyendo las constitucionales) opuestas a aquellos dos parámetros (la Convención Americana y la doctrina de Corte Interamericana). En duras palabras de este último tribunal, tales normas "inconvencionales" carecen, desde su inicio, de efectos jurídicos. Conviene aclarar que el control de convencionalidad no se ciñe exclusivamente a tutelar la referida convención, sino todas las concernientes a derechos humanos.

El control *constructivo* o positivo de convencionalidad, paralelamente, y tan importante como el anterior, propone un reciclaje o *aggiornamiento* de todo el derecho interno en función, igualmente, de los dos elementos señalados: la Convención y la jurisprudencia interamericana. En concreto, desde *Radilla Pacheco vs. México,* pasando por otros casos como, a título de ejemplo, *Comunidad Indígena Xákmok Kasek,* párrafo 311, *Fernández Ortega,* párrafos 236 y 237, *Cabrera García-Montiel Flores,* párrafo 233, la Corte Interamericana indica que los jueces nacionales deben aplicar y hacer funcionar el derecho local en armonía, "conforme" a los parámetros citados.

II. Secuelas del control constructivo. Selección de interpretaciones. El primer efecto de esta doctrina es diferenciar las "interpretaciones convencionales" de las "interpretaciones inconvencionales" del derecho interno. En otras palabras, el juez local, cuando tiene que instrumentar una regla doméstica, tendrá que averiguar cuáles son sus posibles interpretaciones. Si la norma del caso admite varias exégesis, tendrá que calificarlas como interpretaciones "convencionales" (las que no se oponen a la Convención o a la doctrina de la Corte Interamericana) o descalificarlas como "inconvencionales" (las que sí se oponen). Las inconvencionales deben descartarse. De las convencionales, podrá aplicar en concreto la que le parezca más adecuada.

La Corte Interamericana, en efecto, se satisface cuando el operador local utiliza una norma, o una interpretación de esa norma, compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos. Entre esas interpretaciones compatibles opera un margen de apreciación judicial para escoger y aplicar la que razonablemente le resulte preferible.

En un primer movimiento, entonces, el control constructivo de convencionalidad actúa como método de selección de interpretaciones de normas nacionales.

III. Construcción de interpretaciones. No termina ahí, sin embargo, el trabajo del juez nacional. En aras de afinar su esfuerzo y lograr una mayor compatibilización entre el derecho doméstico, la Convención Americana y la doctrina sentada por la Corte Interamericana puede exigirle una labor extra, por cierto más esforzada y que requiere mayor ingenio jurídico.

Aludimos a la *construcción de interpretaciones,* que se logra, a menudo, con base en interpretaciones *mutativas* del derecho, ya infraconstitucional, ya constitucional. En el caso que nos ocupa, si el juez local, mediante un proceso de selección de interpretaciones (detallado en los párrafos anteriores), no encuentra en el texto normativo nacional una exégesis que lo amalgame con la Convención Americana o la jurisprudencia de la Corte Interamericana, antes de sepultar a esa regla y reputarla inconvencional (control "represivo" de convencionalidad), todavía podría intentar rescatarla mediante una interpretación mutativa del precepto del caso, que lo achique, amplíe o, llegado el caso, lo sustituya. Aclaramos sobre esta empresa que en la mutación el texto de la norma permanece incólume, pero su contenido material varía, sea por restricción, aumento o reemplazo.

La *interpretación mutativa por adición* suma al contenido original del mensaje normativo, un ingrediente suplementario para tornar a esa norma compatible, por ejemplo, con la Constitución o, en el terreno donde estamos, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Ejemplo clásico de lo primero ha sido el trabajo judicial de añadir a las normas procesales penales italianas, que en el artículo legal respectivo no mencionaban la presencia del abogado defensor en la indagatoria de un inculpado, tal asistencia, juzgando que la descripción legal era meramente enunciativa y no exclutoria de dicho defensor, sujeto indispensable para garantizar el debido ejercicio del derecho de defensa en juicio.

Al revés, la *interpretación mutativa por sustracción* quita —por vía de interpretación— al contenido material de una norma un ingrediente anómalo, incompatible con la Constitución, con la Convención Americana o con la doctrina de la Corte Interamericana. Y la *interpretación mutativa mixta, por sustracción-adición,* por cierto más atrevida, realiza un operativo doble, con el mismo fin de salvar a una cláusula normativa de su aniquilación como inconstitucional o inconvencional: disminuye un tramo del contenido material de una noma, y le inserta otro. Nos remitimos, al respecto, a nuestro trabajo *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*.

Al tratar ahora la expresión "Constitución convencionalizada", consideramos la aplicación puntual de la metodología apuntada, para la Constitución argentina.

IV. El margen de maniobra del juez nacional ante el control de convencionalidad. Alguna vez se ha pensado que el campo de acción del juez local se encuentra seriamente restringido por la doctrina del control de convencionalidad, ya que su capacidad decisoria se encuentra recortada por la

doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puesto que si ella define algo, a ese algo tendría que someterse el operador interno.

Sin embargo, vemos que con el control *constructivo* de convencionalidad, el trabajo del juez nacional se ha, en verdad, incrementado, puesto que no debe solamente inaplicar reglas locales, sino también reciclarlas mediante una compleja gestión de selección de interpretaciones y de construcción de interpretaciones.

Además, cuando la Corte Interamericana no se ha expedido en algún punto, el operador interno tendrá de todos modos que reflexionar si la regla interna (constitucional, civil, comercial, penal, laboral, etcétera) que le toca efectivizar, coincide con las directrices del Pacto de San José de Costa Rica, para lo cual, aun, repetimos, en ausencia de pautas jurisprudenciales de la Corte Interamericana deberá interrogarse sobre el punto y, de ser necesario, practicar operativos de selección y de construcción de interpretaciones.

Todo ello importa un significativo cambio en la cultura jurídica de los operadores nacionales, ante un derecho internacional de los derechos humanos cada vez más amplio (en la medida en que aumentan las convenciones sobre tal temática) y exigente.

Néstor Pedro Sagüés

Control de constitucionalidad

La expresión "control constitucional" conlleva varias acepciones. La primera implica la existencia de uno o varios mecanismos de defensa, cuya finalidad es mantener la vigencia del orden constitucional. Desde la Antigüedad, civilizaciones como la helénica advertían la existencia de un orden supremo que regía los destinos de la *polis.* Este orden intangible llamado *politeia* se conformaba por los principios y valores —considerados— fundamentales por los miembros de la comunidad. Para preservar la vigencia de la *politeia,* los órganos de poder debían orientar sus actuaciones hacia ésta, y así evitar cualquier exceso en el ejercicio del poder. En Roma, durante el periodo de la *República* se crearon órganos de representación con facultades específicas y de control recíproco, propiciando con esto un equilibrio inter-orgánico.

En el sistema constitucional inglés de los siglos XVI y XVII comenzaron a surgir mecanismos de control orientados a evitar cualquier ejercicio desproporcionado del poder, que trajera consigo una afectación a la armonía social y política. Con tal razón, se estableció una serie de frenos y contrapesos recíprocos entre los distintos órganos de poder. El modelo de control constitucional inglés conocido como "constitución —de forma— mixta" se caracterizó por la pluralidad y convergencia de distintos sectores sociales y económicos en la toma de decisiones políticas. La diversificación de funciones entre varios poderes dificultó el ejercicio indebido del poder por parte de alguna autoridad.

Otro significado del vocablo "control constitucional" es el referido al hecho de que toda Constitución debe fungir como instrumento de limitación del poder. Desde la ley fundamental se establecen las facultades que deberán desplegar los órganos de poder, sin que puedan exceder sus alcances. Un ejercicio desmedido del poder por parte de cualquier autoridad merma la eficacia del

contenido constitucional, por lo que se puede advertir que el control constitucional condiciona la eficacia de la fuerza normativa de la Constitución. Para que exista un despliegue integral de todos los dispositivos constitucionales, es necesaria la implementación de instrumentos de defensa que garanticen de forma óptima, el cumplimiento de lo dispuesto por el Constituyente al momento de haber diseñado el marco constitucional. Sólo una Constitución democrática puede prever el establecimiento de controles adecuados, proporcionales y orientados a mantener la vigencia de los principios constitucionales.

La locución "control constitucional" conlleva tres vertientes conforme a la teoría constitucional contemporánea: control político, control jurisdiccional y control social. El político fue el primero de los controles previstos en los marcos constitucionales. Fue en la Constitución norteamericana de 1787 donde se estableció una serie de frenos recíprocos entre los poderes públicos, con el fin de evitar cualquier ejercicio extralimitado de facultades, y de esta forma garantizar un balance en la actuación de dichos órganos. Los controles políticos están orientados a fungir como factores de equilibrio, conservando la vigencia del principio de división de poderes. Fue en Francia, en el seno de la Constitución del año VIII (1799), en donde se creó el primer ente encargado de mantener la vigencia del orden constitucional, el cual fue denominado *Senado Conservador.* Junto con las ideas de Benjamin Constant, el *Senado* influyó para la creación en México del Supremo Poder Conservador, órgano instituido en la Constitución de 1836, cuyas facultades, al igual que el órgano francés, estaban destinadas a ejercer un control rígido sobre los poderes públicos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), y de esta forma propiciar que sus actuaciones se sujetaran única y exclusivamente al ámbito de sus competencias. Si bien no hubo una réplica de estos modelos en la mayoría de los sistemas constitucionales, las Constituciones de los siglos XIX y XX adoptaron mecanismos de control recíproco entre los poderes públicos, buscando con esto asegurar el equilibrio político y social; aunque en el devenir del constitucionalismo, los controles de tipo jurisdiccional fueron los que prevalecieron como custodios del orden constitucional.

En Inglaterra, en los albores del siglo XVIII, se suscitó el primer antecedente de invalidación de una ley por parte de un órgano jurisdiccional. El caso *Thomas Bonham* evidenció la importancia del papel del juez como garante del cumplimiento efectivo del orden constitucional, en este caso del *Common Law.* No sería sino hasta 1803, con el célebre caso *Marbury vs. Madison,* resuelto por John Marshall, *Chief of Justice* de la *Supreme Court of the United States of America*, cuando quedó de manifiesto la trascendencia del control constitucional vertido por parte de un órgano jurisdiccional. En el *Marbury vs. Madison,* por primera vez una norma contraria a lo dispuesto por la Constitución fue declarada inconstitucional por un alto tribunal, haciendo uso también de la interpretación como mecanismo de preservación del orden constitucional. Con el caso citado se instauró la revisión judicial de las leyes (*Judicial Review)*.

Los controles jurisdiccionales tienen como finalidad la conservación de la supremacía constitucional; para ello el juez, en el ámbito de sus funciones, se erige como órgano controlador, verificando que las autoridades actúen dentro del marco de sus atribuciones, sujetándose a los límites previstos en la Consti-

tución. Esta verificación se lleva a cabo a través de los instrumentos de tutela constitucional, diseñados para el mantenimiento del orden constitucional. En el momento en que un juez lleva a cabo una valoración sobre el apego o no de una ley a los preceptos constitucionales, puede obtener dos resultados. El primero, la confirmación de que la ley se adecua a las disposiciones constitucionales, y por ende es confirmada como válida. El segundo se deriva de la valoración vertida por el juez, cuyo resultado es negativo, trayendo como consecuencia la nulidad de la ley en cuestión. Cuando un órgano jurisdiccional declara la inconstitucionalidad de una disposición normativa, no significa que se coloque por encima de los órganos emisores de la misma, por el contrario, a través de la aplicación o revisión de los preceptos aplicables al caso, o sometidos a su validación, es que se advierte si se ha cumplido con los límites constitucionales, construidos para garantizar la vigencia del orden constitucional.

Por último, la locución control social constitucional hace referencia a la forma en que agentes no institucionalizados llevan a cabo un control sobre la Constitución, a través de medios no previstos como controles de constitucionalidad ordinarios. Este tipo de control escapa de los límites de actuación que los controles jurídicos y políticos poseen, pues operan en la discrecionalidad, pudiendo variar la forma de cómo ejercerlo. Si bien no es un control jurídico *per se,* sus efectos sí trascienden al plano jurídico, y por ello requieren ser analizados, y sujetos a un control.

Marcos Francisco del Rosario Rodríguez

Control de constitucionalidad concentrado

El control de constitucionalidad concentrado de leyes, contrariamente al método de control difuso, se caracteriza por el hecho de que el ordenamiento constitucional confiere expresamente a un solo órgano estatal, el poder de anular las leyes sancionadas por el Parlamento que se consideren inconstitucionales. Por ello, tratándose de un poder de anular las leyes, el método de control concentrado siempre tiene que emanar del texto expreso de la Constitución, es decir, debe estar previsto *expressis verbis* por normas constitucionales, siendo inconcebible su desarrollo pretoriano como ocurrió con el control de constitucionalidad difuso.

En el caso del control de constitucionalidad concentrado, la atribución constitucional expresa a un Tribunal Constitucional especializado o al Tribunal o Corte Suprema de un país, de la potestad exclusiva para anular las leyes por inconstitucionalidad, es lo que lo convierte en la jurisdicción constitucional. Existiendo, como existía en Europa, una honda desconfianza respecto de los jueces para que pudieran declarar las leyes como inconstitucionales y decidieran no aplicarlas, el compromiso entre la necesidad de un sistema de justicia constitucional derivado de la noción de supremacía constitucional y la concepción tradicional europea de la separación de los poderes, fue lo que llevó a establecer los tribunales constitucionales fuera del Poder Judicial, con poderes anulatorios de las leyes inconstitucionales, a los cuales los jueces ordinarios están obligados a someterles las cuestiones de constitucionalidad que

surjan en los procesos en curso. Ello, sin embargo, no les impedía que en virtud del principio de la supremacía constitucional pudieran tener la potestad para decidir sobre la constitucionalidad de las normas sublegales aplicables en cada caso concreto.

Si bien el control de constitucionalidad concentrado encontró por primera vez consagración expresa en la Constitución de Venezuela de 1858, como potestad atribuida a la Corte Suprema para anular las leyes provinciales contrarias a la Constitución, fue después de la Primera Guerra Mundial cuando encontró pleno desarrollo a partir de la multiplicación de los tribunales constitucionales en Europa. Por ello, al método de control concentrado se lo conoce como el "sistema austriaco" o el "modelo europeo", por la difusión de los tribunales constitucionales especiales originados en Europa con la propuesta de Hans Kelsen para Austria y Checoslovaquia en 1920. Sin embargo, ello no implica que para que exista un sistema de control de constitucionalidad concentrado necesariamente deba crearse un tribunal o consejo constitucional especial, ubicado dentro o fuera del Poder Judicial, como sucedió en Austria, Alemania, España, Italia, Portugal y Francia; y en América Latina, en Guatemala, Perú, Chile, Ecuador, Colombia y República Dominicana.

Lo que caracteriza al control de constitucionalidad concentrado, en realidad, es el hecho de que la potestad anulatoria de las leyes inconstitucionales esté atribuida a un solo y único tribunal, que puede bien ser el Tribunal o Corte Suprema del país. Este fue el caso, por ejemplo, en América Latina, en países en los cuales coexisten el método difuso y el método concentrado, como Brasil, México, Nicaragua y Venezuela. No obstante, algunos sistemas de América Latina han permanecido con un sistema de control de constitucionalidad exclusivamente concentrado, como ha sido el caso, por ejemplo, de Bolivia y Chile con tribunales constitucionales, y de Costa Rica, El Salvador, Honduras, Panamá, Paraguay y Uruguay, donde la Corte Suprema de Justicia es la que tiene asignada la Jurisdicción Constitucional de control de la constitucionalidad de las leyes.

El fundamento del establecimiento del control de constitucionalidad concentrado de las leyes, por supuesto, también es la noción de supremacía de la Constitución, lo que afecta de inconstitucionalidad las leyes que sean contrarias a la misma. Sin embargo, al regularse por el Constituyente, al establecer la jurisdicción constitucional, la garantía adoptada para preservar la supremacía, como también lo indicó Hans Kelsen, no es la declaración de la nulidad de las leyes inconstitucionales, sino su anulabilidad mediante una decisión judicial.

Ello implica que una vez sancionada una ley, aun cuando irregular o inconstitucional, debe considerarse como un acto estatal válido y efectivo hasta que el órgano que lo produjo lo derogue, o hasta que se decida su anulación por la jurisdicción constitucional. En este caso, la garantía de la supremacía de la Constitución es la anulabilidad de la ley, y al pronunciarse el acto queda anulado con efectos generales, puesto que es considerado o declarado nulo, no solamente respecto de un caso particular, sino en general, con efectos *erga omnes*. Ello fue lo que llevó a Kelsen a sostener que cuando el Tribunal Constitucional declaraba la inconstitucionalidad de una ley, la decisión, por tener

efectos *erga omnes,* era una "acción legislativa", y que la decisión del Tribunal Constitucional tenía "fuerza de ley", pues se lo consideraba como el complemento natural del Parlamento.

En todo caso, siendo el objeto del proceso ante la jurisdicción constitucional la anulación de una ley por inconstitucional, el proceso constitucional puede tener un carácter principal cuando la cuestión constitucional relativa a una ley es la cuestión principal de un proceso iniciado mediante acción directa, interpuesta por los ciudadanos en general, mediante un *actio popularis,* o regida por reglas de legitimación particulares, atribuida, por ejemplo, a ciertos funcionarios o autoridades públicas. El proceso constitucional de anulación, además, puede tener carácter incidental cuando las cuestiones constitucionales relativas a las leyes llegan a la jurisdicción constitucional en virtud de remisión o referencia formulada por un tribunal inferior, donde, a instancia de parte o *ex officio*, se haya planteado la cuestión constitucional respecto de una ley, para poder luego decidir de acuerdo con la decisión tomada por la jurisdicción constitucional.

En los casos de control de constitucionalidad concentrado, tanto ejercido por la vía principal —de la acción de inconstitucionalidad— como por la vía incidental —de la cuestión de constitucionalidad—, si el proceso constitucional concluye con una decisión de la jurisdicción constitucional de carácter anulatorio, la misma siempre tiene efectos generales *erga omnes.* En ambos casos, la jurisdicción constitucional debe decidir de manera abstracta la cuestión de la constitucionalidad de la ley, sin referencia alguna a los hechos ni al juicio concreto en el cual se pudo plantear la cuestión constitucional. En todo caso, la anulación pronunciada en la sentencia es de carácter constitutivo, en el sentido de que la ley anulada en principio debe considerarse como habiendo producido efectos válidos hasta el momento de su anulación, a menos que la nulidad que lo afecta sea una nulidad absoluta. Por tanto, la decisión, en principio, tiene efectos *ex nunc* y *pro futuro* en el sentido en que no son retroactivos, es decir, que no se remontan al momento de la promulgación de la ley considerada inconstitucional; excepto en casos de nulidad absoluta en los cuales el juez la puede considerar nula *ab initio* y le puede dar a la decisión efectos *ex tunc*, *pro praeterito,* pues una ley considerada nula de manera absoluta no puede producir ningún efecto. En todo caso y en definitiva, es el juez constitucional el que debe determinar los efectos de su decisión en el tiempo.

Allan R. Brewer-Carías

Control de constitucionalidad de la reforma constitucional

El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales (véase la voz correspondiente) consiste en la valoración de la legalidad —constitucional— de aquellos instrumentos normativos que aportan una modificación a las cartas fundamentales. Representa una función específica que los tribunales constitucionales o supremos a veces tienen y ejercen por expresa voluntad del Constituyente, y otras veces reclaman en ausencia de atribución explícita. Por ello hay que distinguir en primer lugar entre ordenamientos donde esta

facultad está reconocida en la Constitución, y ordenamientos donde se ha afirmado a través de la misma jurisprudencia constitucional: control codificado y control reivindicado. Un segundo factor esencial de clasificación reside en el carácter formal o sustancial de los vicios que pueden ser evaluados en los juicios.

Los fundamentos teóricos de este tipo de función han sido considerados, por un lado, la dicotomía entre poder constituyente y poder constituido (es decir, el poder de reforma, que fue previsto y regulado por el primero y subyace a los límites que el mismo estableció) y, por otro lado, la jerarquía de las fuentes con la supremacía constitucional. La paradoja principal, desde un punto de vista dogmático, consiste en la superposición del objeto del control y de su parámetro, pues los dos se encuentran en el mismo acto jurídico: pero ello es cierto sólo en los casos de valoración *a posteriori*, después de la entrada en vigor de la norma. En consecuencia, el tercer elemento a considerar es el momento en el que se realiza el control: antes o después de que la reforma haya modificado en concreto el texto constitucional, transformándose en una parte del mismo.

Mediante el empleo de los tres criterios mencionados de forma combinada se pueden crear diferentes clases, que a su vez incluyen a varios ordenamientos.

Existen sistemas donde el control codificado es sólo anterior a la entrada en vigor de la reforma (como en Chile, art. 93 de la Constitución) o puede ser anterior o posterior, según el procedimiento adoptado para aprobarla, como por ejemplo en Colombia (art. 241), donde la Corte Constitucional puede enjuiciar la constitucionalidad de los denominados "actos legislativos" si es planteada una acción por vicios procedimentales y tiene que realizar un control preventivo obligatorio, antes de que se exprese el pueblo, sobre las convocatorias de un referéndum o de una Asamblea Constituyente, también por vicios formales (acerca del tipo de vicio resulta de gran interés toda la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el "vicio de competencia", vicio formal que se da cuando el poder de reforma se extralimita, llegando a sustituir el texto constitucional: véase la sentencia C-551 de 2003 y todas las que posteriormente han seguido la misma línea). Asimismo, hay ordenamientos donde el control está regulado en la Constitución y se ejerce sólo *a posteriori* (como en Turquía: art. 148 constitucional o Sudáfrica: art. 167).

Queda claro que las cuestiones críticas de mayor calado se dan en relación con aquellos tribunales constitucionales y supremos que han reivindicado esta función, sin que los constituyentes se la hubiesen atribuido. En esta perspectiva, resulta esencial para la clasificación el empleo del parámetro del vicio evaluable, formal o material, puesto que siempre se trata de un control *a posteriori*.

El precedente más antiguo al respecto es una sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de 1798 (caso *Hollingsworth vs. State of Virginia*), en la cual se abrió paso al examen de los eventuales defectos formales de las enmiendas. Esta jurisprudencia tuvo séquito durante más de un siglo, ya que fue superada en 1939 (caso *Coleman vs. Miller*) cuando la Corte aplicó la doctrina de las cuestiones políticas. También se basó en un vicio formal la Corte Suprema de

Justicia de la Nación argentina a la hora de resolver el denominado caso *Fayt c. Estado nacional* en 1999: su juicio se basó en la imposibilidad de reformar la inamovilidad de los magistrados, pues no estaba incluida entre los aspectos que el Parlamento había deliberado someter a reforma en la convocatoria de la Convención Constituyente.

Finalmente, hay una pluralidad de sistemas donde la labor hermenéutica de los tribunales ha sido aún más indispensable para articular aquellos principios y valores esenciales que justifican el control de las reformas, especialmente a través de la exégesis de las cláusulas de intangibilidad y del concepto de "ley" sometida al control de constitucionalidad. La Corte Constitucional italiana, entre otras, ha afirmado (sentencia 1146/1988) que existen algunos principios que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial mediante reformas, porque reflejan los valores supremos del ordenamiento constitucional. Desde la década de los setenta, por otra parte, la Suprema Corte de la India ha ido elaborando la denominada "doctrina de la estructura básica" para individualizar aquellos elementos irreformables de la Constitución, y más recientemente el Tribunal Constitucional peruano ha hecho referencia a los "contenidos fundamentales".

Aunque los ejemplos que se han podido mencionar no son muchos, la presencia de casos de diferentes continentes y de diferentes familias jurídicas y modelos de justicia constitucional (entendidos habitualmente como americano y austriaco) demuestra que la cuestión tiene un alcance universal, no pudiéndose circunscribir en una sola tradición jurídica.

Además, se trata de una forma de control que difiere del control sobre las leyes ordinarias por dos factores: por un lado, por la misma naturaleza de la fuente sometida al examen del Tribunal Constitucional o Supremo (que en este caso está habilitada a modificar el acto supremo del sistema) y, por otro lado, por el parámetro, que consiste sólo en las cláusulas de intangibilidad y eventualmente en aquellos principios esenciales, pero no en todo el conjunto de las normas constitucionales.

Sabrina Ragone

Control de constitucionalidad difuso

El control de constitucionalidad difuso es uno de los métodos desarrollados en el derecho procesal constitucional para asegurar la supremacía de la Constitución, consistente en otorgar el poder-deber para controlar la constitucionalidad de las leyes a todos los jueces de un país, y no a uno solo. Tuvo su origen en los Estados Unidos de América, respecto de leyes federales, con ocasión de lo resuelto en la sentencia de la Corte Suprema del caso *Marbury vs. Madison* de 1808, aun cuando se había aplicado con anterioridad en relación con las leyes de los estados de la Unión, como sucedió en el caso *Vanhorne's Lessee vs. Dorrance* (1795). Por ello se le conoce también como el "modelo americano" de control de constitucionalidad, el cual, sin embargo, a pesar de su origen, no puede considerarse como propio de los países con tradición del *Common Law*, habiéndose desarrollado desde el siglo XIX en muchos países de América Latina, como por ejemplo en Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, México

y Venezuela; y en otros países como Grecia, Australia, Canadá, India, Japón, Suecia, Noruega y Dinamarca.

El control de constitucionalidad difuso, en algunos países está concebido como el único método de control de constitucionalidad de las leyes existente, como es el caso de los Estados Unidos y de Argentina; y en otros muchos países se han ido desarrollando como parte de un sistema mixto o integral de control de constitucionalidad, que funciona en paralelo con el control de constitucionalidad concentrado, como es el caso de Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, El Salvador, Brasil, Nicaragua, México, República Dominicana y Venezuela. En los primeros casos, en general, el método resultó de una creación jurisprudencial para asegurar la supremacía constitucional; y en los otros casos, derivó, con el mismo propósito, de su consagración expresa en los textos legales o constitucionales, como sucedió en Venezuela desde el Código de Procedimiento Civil de 1879, y en Colombia, desde la Constitución de 1910. Siguiendo el antecedente colombiano, luego se estableció en forma expresa en muchas Constituciones, siendo de las más recientes la Constitución de Venezuela de 1999, cuyo art. 334 establece que: "En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente".

Como en todo sistema de control de constitucionalidad, lo que justifica este poder otorgado a los jueces es el carácter supremo de la Constitución, lo que implica que ninguna ley que sea contraria a la misma puede ser una ley efectiva; al contrario, debe ser considerada como nula y sin valor alguno, lo que a comienzos del siglo pasado Hans Kelsen denominó como una de la "garantías objetivas de la Constitución", lo que implica que siendo una ley inconstitucional un acto nulo, no puede producir efectos, correspondiendo a todos los jueces el poder para considerar y declarar dicha nulidad, "desaplicando la ley inconstitucional" al decidir el caso concreto, dando preferencia a la Constitución.

En estos casos, el juez, al decidir y declarar como inconstitucional la ley y, por tanto, considerarla como inaplicable para resolver el caso concreto, lo hace estimándola como nula y sin valor, *ab initio*, tal como si nunca hubiera existido. En estos casos, el juez no anula la ley, sino que por considerarla inconstitucional y nula desde que se dictó, la considera como si siempre hubiera sido nula y sin valor. Por ello, la decisión adoptada por el juez al ejercer el control de constitucionalidad difuso tiene sólo efectos declarativos, y por tanto, efectos *ex tunc, pro pretaerito* o de carácter retroactivo. Ello implica que dichos efectos se retrotraen al momento en el cual la norma considerada inconstitucional fue dictada, evitando que la ley pueda tener efectos, por supuesto, solamente en lo que concierne al caso concreto decidido por el juez y en relación con las partes que intervinieron en el proceso.

Todo ello implica que el control de constitucionalidad difuso sólo puede ser cumplido *incidenter tantum,* es decir, en un proceso concreto que el juez esté conociendo conforme a su competencia judicial ordinaria, en el cual, por tanto, la inconstitucionalidad de la ley o norma no es ni el objeto principal de dicho proceso ni el *thema decidendum* del mismo, sino que es un pronunciamiento que tiene carácter incidental. Es decir, la cuestión de inconstitucionalidad

de una ley y su inaplicabilidad, en el método difuso, se plantea en un caso o proceso concreto (*cases and controversies*), cualquiera sea su naturaleza, en el cual la aplicación o no de una norma concreta es considerada por el juez como relevante para la decisión del caso.

Por otra parte, tratándose de un deber de los jueces el aplicar la Constitución en un caso concreto y, para su decisión, desaplicar la ley que consideren inconstitucional, si bien en la mayoría de los países se deja el planteamiento de la cuestión como excepción que deben formular las partes, en otros países, como sucede en Venezuela y Grecia, el juez tiene poderes para ejercer de oficio el control de constitucionalidad difuso.

Por último, siendo una decisión que el juez adopta como cuestión incidental en un proceso concreto, dicha decisión que declara la inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad al caso concreto sólo tiene efectos *in casu et inter partes,* es decir, en relación con las partes en el proceso concreto en la cual aquélla se adopta, por lo que no puede ser aplicada a otros particulares extraños a la relación procesal.

Por supuesto, el control difuso podría originar decisiones disímiles en el orden judicial, o como lo destacó Kelsen, "la ausencia de unidad en las soluciones" y "la incertidumbre legal" que resulta cuando "un tribunal se abstiene de aplicar una ley considerada irregular, en tanto que otro tribunal hace lo contrario". En sentido similar, Mauro Cappelletti y Adams insistieron en que el control difuso de constitucionalidad podía "llevar a una grave incertidumbre y confusión, cuando un tribunal decide aplicar una ley y otro la considera inconstitucional".

Todo ello, aunado al temor al "gobierno de los jueces" en la doctrina europea de comienzos del siglo pasado, contribuyó a que los temores quedaran disipados con soluciones en los diversos sistemas donde se aplica el control de constitucionalidad difuso, lo cual ocurrió, primero, a través del desarrollo de la doctrina *stare decisis,* como sucede en los Estados Unidos, derivada del carácter vinculante de las interpretaciones que adopte la Corte Suprema, ante la cual se puede acceder mediante el *writ of cerciorari*; segundo, a través de la regulación expresa de recursos extraordinarios de revisión de las sentencias que resuelvan las cuestiones incidentales de constitucionalidad que se pueden ejercer ante el Tribunal Supremo, como sucede en Argentina, Brasil, Colombia, Venezuela, Portugal, Suiza y Grecia, con decisiones que en algunos casos se las declara como vinculantes; o tercero, mediante el establecimiento, en paralelo al método de control de constitucionalidad difuso, del método de control de constitucionalidad concentrado, como es el caso en América Latina de Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Perú, República Dominicana y Venezuela, con la posibilidad de que con motivo de una acción de nulidad, la ley en cuestión sea anulada con efectos *erga omnes*.

Allan R. Brewer-Carías

Control de constitucionalidad en vía incidental

I. El control de constitucionalidad de tipo centralizado —ejercitado en forma exclusiva por un Tribunal Constitucional— puede ser activado ya sea por

un recurso por parte de determinados órganos (por ejemplo, el gobierno, un cierto número de parlamentarios, o el Defensor del Pueblo) o seguido de una cuestión planteada por un juez en el curso de un juicio. El juicio de constitucionalidad se define "incidental" porque no se instaura autónomamente, sino que surge como incidente en el curso y en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional que se desarrolla ante un juez del orden común, llamado "juez *a quo*".

A este último es confiada la tarea de desarrollar una actividad preliminar, de deliberación, para efectos de impedir que le sean presentadas al juez del Tribunal constitucional cuestiones ausentes de una adecuada base jurídica —debe subsistir una duda de legitimidad constitucional— o solucionables por el mismo juez en el ejercicio de su actividad interpretativa —cuando sea posible atribuir a las normas un significado compatible con la Constitución—.

De cualquier manera, es necesario evitar que tal filtro pueda transformarse en un indebido obstáculo a la posibilidad de presentar una norma de la ley ante la Corte; por tal razón, la normativa que regula el proceso constitucional y la misma jurisprudencia de los tribunales constitucionales favorece una interpretación extensiva de la noción de "juez", que comprende no sólo aquella de los jueces ordinarios o especiales, sino también de aquellas autoridades que, sin pertenecer formalmente al Poder Judicial, desarrollan una actividad objetiva y materialmente jurisdiccional.

Los sistemas que prevén tal forma de acceso a la justicia constitucional individualizan, en general, dos presupuestos procesales: la relevancia, y no ser notoriamente infundada la cuestión. La primera impone al juez *a quo* controlar si la norma que presenta perfiles de inconstitucionalidad debe ser aplicada en el desarrollo del proceso. Además, el juez debe nutrir un cuestionamiento sobre la legitimidad constitucional de la norma, debe evaluar si tal cuestionamiento tiene un cierto *fumus*, una apreciable base jurídica.

Al verificar tales presupuestos el juez suspende el juicio y hace del conocimiento del Tribunal Constitucional sobre tales actos con una resolución fundada y motivada —llamada resolución de remisión— que debe contener también el objeto (la norma que se presume contraria a la Constitución) y el parámetro (la disposición constitucional violada) del juicio de constitucionalidad. De este modo, el juez define el *thema decidendum* sobre el cual el Tribunal Constitucional debe decidir.

II. El juicio en vía incidental constituye un *genus* intermedio respecto a los "prototipos de la justicia constitucional" representados por el control difuso (*Judicial Review*) y aquel centralizado (sistema austriaco): de hecho, en el juicio incidental el órgano competente para asumir la decisión final es único (como en los sistemas centralizados), pero cada juez posee una cierta discrecionalidad en la valoración de si una determinada norma pone en duda la legitimidad o la inaplicación —en situaciones particulares— de la normatividad que se cree no encontrarse conforme a la Constitución (como en los sistemas difusos).

El interés manifiesto en este tipo de acceso a los tribunales constitucionales deriva también del hecho de que el juicio de constitucionalidad en vía incidental representa un punto de contacto entre los sistemas abstractos y con-

cretos. El carácter de la concreción deriva del estrecho vínculo que une —mediante el necesario requisito de la relevancia— la decisión de la Corte al "caso concreto" que ha generado el proceso; aun el juez del Tribunal Constitucional conserva los caracteres propios de un "proceso de derecho objetivo", con la finalidad principal de garantizar el interés del ordenamiento de expulsar del sistema de derecho positivo las normas contrarias a la Constitución.

El juez constitucional, a través de los casos concretos, desarrolla una actividad orientada a hacer generales las exigencias de justicia, imponiendo que una norma susceptible de atentar contra las disposiciones de la Constitución pueda continuar siendo aplicada: esto sucede con base en el valor *erga omnes* de sus decisiones de aceptación o al catálogo de precedentes de su jurisprudencia.

Como consecuencia de la relación particular que se instaura entre los tribunales constitucionales y los jueces del orden común, parece intuitivo que los sistemas de control de constitucionalidad en vía incidental funcionen perfectamente ahí donde se consigue instaurar una "relación comunicativa", una colaboración entre las dos jurisdicciones, que se puede manifestar sobre diversos planos.

Por ejemplo, los jueces pueden evitar plantear una cuestión de legitimidad constitucional, atribuyendo a la disposición que deben aplicar un significado conforme con la Constitución, o invocando los principios de derecho y la interpretación de las normas constitucionales dadas por el juez constitucional. Por su parte, el juez constitucional tiende a interpretar la disposición de ley no por su significado abstracto, sino por el significado producto de su concreta operatividad en el sistema jurídico: hace referencia al "derecho viviente" producto de la jurisprudencia.

III. El control de constitucionalidad en vía incidental, que ha tenido aplicación primeramente en el sistema italiano y en aquel de la República Federal de Alemania, ha circulado ampliamente, contaminando —en razón de su ductilidad— sus experiencias de justicia constitucional.

Actualmente se encuentra presente en Europa en aquellos sistemas que históricamente se inspiran en el "sistema austriaco" y que pretenden abrirse hacia formas de *Judicial Review* (Italia, República Federal de Alemania, Austria, España, Bélgica).

Es interesante evidenciar cómo también en Francia la justicia constitucional —mucho tiempo limitada a un mero control preventivo de constitucionalidad— ha previsto recientemente el instituto de la cuestión de constitucionalidad, aunque el procedimiento se distingue significativamente de las experiencias italiana, alemana y española por diversos elementos: principalmente el parámetro no está constituido genéricamente para todas las disposiciones constitucionales, sino que se encuentra limitado a los derechos y las libertades constitucionalmente garantizadas. En segundo lugar, la cuestión es analizada por el Consejo Constitucional después de haber superado un doble filtro: no sólo aquel del juez *a quo* —que debe verificar la consistencia de la cuestión de legitimidad constitucional—, sino también aquel ejercitado por la Corte de Casaciones y por el Consejo de Estado a quien compete la decisión final de hacer del conocimiento del juez constitucional dicha cuestión.

De Europa, la cuestión de legitimidad constitucional ha "emigrado" también a sistemas pertenecientes a otros continentes: experiencias interesantes se encuentran en algunos países de América Latina (por ejemplo Colombia, Costa Rica, Uruguay) y —con respecto a África— en Sudáfrica.

Giancarlo Rolla

Control de constitucionalidad mixto

En el derecho procesal constitucional, la potestad de ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes se puede atribuir a todos los jueces que integran el Poder Judicial, o a un solo órgano judicial o con funciones jurisdiccionales, lo que origina la clásica distinción de los sistemas de justicia constitucional según el método de control que se ejerce: en primer lugar el método de control de constitucionalidad difuso, cuando el poder para apreciar la constitucionalidad de las leyes y, en su caso, declarar su inconstitucionalidad e inaplicabilidad al caso concreto se atribuye a todos los jueces de un país, cualquiera que sea su jerarquía; y en segundo lugar el método de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, conforme al cual el poder anulatorio respecto de las mismas, cuando sean contrarias a la Constitución, se atribuye a un solo órgano estatal, sea a la Corte o Tribunal Supremo de Justicia del país o a un Tribunal Constitucional especialmente creado para ello. Ambos sistemas de justicia constitucional, sin duda, responden a principios diferentes, pero pueden coexistir en paralelo, como ha sucedido en buena parte de los regímenes constitucionales de los países latinoamericanos, donde se ha venido configurando un sistema mixto o integral de control de constitucionalidad de las leyes.

En efecto, dentro de los sistemas de justicia constitucional, además de aquellos que adoptan en exclusiva el método de control de constitucionalidad difuso, como sucede en los Estados Unidos o en Argentina; y de aquellos que adoptan también en exclusiva el modelo de control de constitucionalidad concentrado, atribuyendo la jurisdicción constitucional, esto es, la potestad para anular las leyes, a un Tribunal o Corte Constitucional, como sucede por ejemplo en Austria, Alemania, España, Italia, Bolivia y Chile; al Tribunal o Corte Suprema del país, como sucede en Panamá y Uruguay; o a una Sala Constitucional especializada dentro del mismo, como sucede en Paraguay, Costa Rica, El Salvador y Honduras. Se ha venido configurando un sistema mixto o integral de justicia constitucional que se caracteriza por combinar a la vez y en paralelo, el control de constitucionalidad difuso y el control de constitucionalidad concentrado.

En Europa es el caso de Portugal, y en América Latina el sistema mixto o integral se ha adoptado en Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, México y Venezuela, donde además del control de constitucionalidad difuso, establecido en muchos casos desde el siglo XIX, se ha atribuido la potestad para ejercer el control de constitucionalidad concentrado a una jurisdicción constitucional ejercida por un Tribunal Constitucional (Colombia, Guatemala, Ecuador, Perú); por el Tribunal o Corte Suprema del país (Brasil), o por una Sala Constitucional dentro del mismo (México y Venezuela).

En los países en los cuales existe un sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad, dado el funcionamiento paralelo del método de control de constitucionalidad difuso que ejercen todos los jueces, el control de constitucionalidad concentrado de las leyes es siempre de carácter principal, del cual conoce la jurisdicción constitucional cuando se ejerce una acción de inconstitucionalidad ante la misma, siendo el método incidental, en general, incompatible con el mismo. En estos casos de sistemas mixtos o integral, los jueces no están autorizados para abstenerse de ejercer el control de constitucionalidad difuso y remitir la decisión de la cuestión constitucional ante la jurisdicción constitucional. En cambio, lo que se ha establecido en algunos países, como Venezuela, es la obligación para los jueces que ejerzan el control difuso de la constitucionalidad de informar a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo sobre los fundamentos y alcance de la desaplicación de la ley que sea adoptada, para que ésta pueda, de oficio, proceder a ordenar el inicio del procedimiento de nulidad y efectuar un examen abstracto sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión.

Allan R. Brewer-Carías

Control de convencionalidad (sede interna)

Uno de los más recientes y efectivos esfuerzos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para incrementar el nivel de cumplimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a nivel nacional es la creación de la doctrina del "control de convencionalidad". La Corte la ha entendido como "una institución que se utiliza para aplicar el derecho internacional", principalmente "el derecho internacional de los derechos humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia" de dicho Tribunal.

Esta doctrina establece una obligación internacional a cargo de todas las autoridades de los Estados parte del Pacto de San José de interpretar cualquier norma nacional (Constitución, ley, decreto, reglamento, jurisprudencia, etcétera) de conformidad con la Convención Americana y, en general, con el *corpus juris interamericano*; en caso de que exista una manifiesta incompatibilidad entre la norma nacional y el *corpus iuris interamericano*, las autoridades estatales deberán abstenerse de aplicar la norma nacional para evitar la vulneración de los derechos humanos protegidos internacionalmente. Las autoridades estatales deben ejercer *de oficio* el control de convencionalidad, pero siempre actuando dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, las cuales se definen en el ámbito interno.

La doctrina se estableció por la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, en 2006. Este caso trata, entre otras cuestiones, sobre la responsabilidad internacional del estado chileno por la adopción y aplicación del Decreto-ley 2.191 de 1978, el cual concedía una amnistía general a todos los responsables de hechos delictivos cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978. La aplicación de este decreto por parte del Poder Judicial tuvo como efecto inmediato el cese de investigaciones y el archivo del expediente de la ejecución extrajudicial del señor Luis Alfredo Al-

monacid Arellano, quien fue ejecutado por la policía en el contexto de graves violaciones a derechos humanos que siguieron al golpe de Estado presidido por el general Augusto Pinochet, en 1973, lo cual constituyó una violación a los arts. 1.1, 8o. y 25 de la Convención Americana. Siguiendo su jurisprudencia en materia de justicia transicional, la Corte Interamericana declaró la nulidad *ab initio* del referido Decreto-ley, estableciendo que en casos donde el Poder Legislativo falle en su tarea de suprimir leyes contrarias al Pacto de San José, el Poder Judicial permanece obligado a respetar y garantizar los derechos protegidos por la Convención y, por lo tanto, debe realizar un control de convencionalidad, de forma tal que los jueces velen porque los efectos de las disposiciones de la Convención Americana no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin.

El precedente creado en el caso *Almonacid* ha sido reiterado en más de 20 sentencias posteriores, en algunas ocasiones con matices sustanciales que precisaron algunos de sus aspectos conceptuales, entre los que destacan: *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (2006), *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008), *Radilla Pacheco vs. México* (2009), *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010), y *Gelman vs. Uruguay* (2011), así como la supervisión de cumplimiento de esta última sentencia (2013).

El *fundamento normativo* de la doctrina se encuentra principalmente en los arts. 1.1, 2o. y 29 de la Convención Americana, y en los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De los arts. 1.1 y 2o. del Pacto de San José se desprende la obligación de desarrollar prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, por lo que es necesario que la interpretación de las leyes domésticas se encuentre ajustada a cumplir con la obligación de respeto y garantía. Del art. 29 de la Convención se desprende la obligación de las autoridades de permitir de la manera más amplia posible el goce y ejercicio de los derechos establecidos en el Pacto de San José o en otros instrumentos nacionales o internacionales. Finalmente, de manera subsidiaria, los principios de buena fe, efecto útil y *pacta sunt servanda*, y la prohibición de invocar el derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado, de conformidad con los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena, complementan el deber de las autoridades estatales de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Estado conforme a la Convención Americana. Estos elementos, tomados en conjunto, sustentan la existencia del control de convencionalidad.

Estimo que también el art. 25 del Pacto de San José constituye un fundamento por lo que hace al control de convencionalidad judicial, en tanto que dicho precepto se refiere al derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante jueces o tribunales competentes que "ampare" contra actos que violen derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, las leyes o la propia Convención Americana; de esta forma, este precepto conforma un elemento intregrador de los derechos, estableciendo un *derecho a la garantía de los derechos fundamentales* de fuente nacional y convencional.

Los *elementos* que componen el control de convencionalidad pueden clasificarse de acuerdo con *a)* las autoridades a las que obliga; *b)* la intensidad con la que las autoridades deben efectuar el control, y *c)* el parámetro con el cual se

efectúa dicho control. En relación con el *primer elemento*, es posible afirmar que se trata de un control extenso que alcanza a todas las autoridades del Estado, sin importar si pertenecen al Poder Ejecutivo, al Legislativo o Judicial, puesto que la obligación de respetar y garantizar los derechos conforme a los arts. 1.1 y 2o. de la Convención Americana le corresponde al Estado como un todo y, por lo tanto, no puede estar sujeta a la división de atribuciones que señale el derecho interno. Sin embargo, el cumplimiento de esta obligación recae especialmente en el poder judicial y/o tribunales, cortes y salas constitucionales, al tener un rol central en la salvaguarda de los derechos fundamentales (nacionales y convencionales) en el orden jurídico interno de conformidad con los arts. 25 (protección judicial) y 1.1 de la Convención Americana (deber de respeto y garantía); por lo que los jueces nacionales, sin importar su jerarquía, grado de competencia o materia de especialización, deben actuar como el primer y auténtico guardián de los derechos previstos en la Convención Americana.

Lo anterior no significa que todas las autoridades deban ejercer el control con la misma intensidad, pues la manera en que es realizado está condicionada por el derecho nacional. Sobre este *segundo elemento*, la Corte estableció este criterio en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (2006), en donde determinó que las autoridades (los jueces, en este caso) debían realizar el control de convencionalidad "de oficio", pero "evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes"; de esta forma, por ejemplo, en los sistemas de control difuso, donde todos los jueces tienen competencia para dejar de aplicar una ley al caso concreto por contravenir la Constitución nacional, el grado de control de convencionalidad resulta de mayor alcance, al tener todos los jueces nacionales la atribución de inaplicar la norma inconvencional. En cambio, el grado de intensidad disminuirá en aquellos sistemas donde no se permite el control difuso de la constitucionalidad, estando obligados en todo caso a realizar una interpretación conforme a la Convención. Por supuesto, el hecho de que existan estas graduaciones en la intensidad del control es independiente de la obligación de las autoridades de ejercerlo *ex officio*, conforme a sus competencias y regulaciones procesales correspondientes.

En relación con el *tercer elemento*, relativo al parámetro de control, las normas que sirven como base para su ejercicio son aquellas contenidas en el *corpus juris interamericano*, el cual se integra, en general, por los tratados internacionales de derechos humanos creados en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA) y su interpretación por la Corte Interamericana. De esta forma, el catálogo de normas que sirve de parámetro al control (dependiendo de la firma, ratificación o adhesión de cada Estado, así como en consideración a las reservas que no sean contrarias al objeto y fin del tratado) son las establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus dos protocolos adicionales relativos a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protcolo de San Salvador), y sobre la Abolición de la Pena de Muerte; y otros tratados, como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) y la Convención

Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. De esta manera, es posible afirmar que el parámetro de control puede llegar a formar un auténtico "bloque de convencionalidad" (que eventualmente puede quedar comprendido dentro del "bloque de constitucionalidad" en el ámbito nacional).

Las acciones concretas que deben ser llevadas a cabo por las autoridades estatales en el cumplimiento de la obligación de realizar un control de convencionalidad son variadas. La primera es interpretar la norma nacional de conformidad con el *corpus juris interamericano*, e inaplicar dicha norma en aquellos casos en donde no admita interpretación conforme posible y la autoridad tenga dicha competencia. Resulta, incluso, posible que ahí donde la autoridad encuentre una norma manifiestamente incompatible con la Convención, y tenga las facultades para declarar su invalidez con efectos generales (competencia de ciertos tribunales o salas constitucionales) la autoridad debe hacerlo para evitar futuras vulneraciones. Asimismo, el control también posee un rol importante en el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana, especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de jueces nacionales, tal y como lo estableció la Corte Interamericana en la ya mencionada supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Gelman vs. Uruguay* (2013).

En consideración de lo anterior, es posible determinar *tres objetivos* principales perseguidos por la doctrina del control de convencionalidad. El *primero* es prevenir la aplicación de normas nacionales que manifiestamente sean incompatibles con la Convención Americana y que resultan nulas *ab initio*, como sucede con las leyes de amnistía que permiten impunidad en casos de desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, crímenes de lesa humanidad, y otras graves violaciones de los derechos humanos. El *segundo* objetivo es servir como una institución que permita a todas las autoridades del Estado cumplir adecuadamente con su obligación de respeto y garantía de los derechos humanos protegidos por la Convención Americana y otros tratados, y con el cumplimiento de sentencias dictadas en contra del Estado al que la autoridad pertenece. De esta forma, la doctrina busca fortalecer la complementariedad (subsidiariedad) de los sistemas nacionales y el sistema interamericano en la protección de los derechos fundamentales. Finalmente, el *tercer* objetivo es servir como un medio para permitir y acrecentar el *diálogo*, especialmente un *diálogo jurisprudencial* en materia de derechos humanos, entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana que permita efectivizar los derechos fundamentales, constituyendo un elemento esencial en la formación e integración de un *ius constitutionale commune* en beneficio de la protección de la dignidad de todas las personas en la región.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

Control de convencionalidad (test de)

Deducimos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana la realización de un test de convencionalidad que comprende las siguientes fases cuando el tribunal activa el control de convencionalidad de las leyes y/o de la ju-

risprudencia nacionales, en el evento de que el derecho interno no se *adecue* (incompatible) a la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, con fundamento en el art. 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Veamos.

En primer lugar, la Corte Interamericana verifica, precisa y califica el supuesto *fáctico* (los hechos probados) del caso contencioso concreto a resolver.

En segundo lugar, la Corte Interamericana establece un conflicto *normativo de inconvencionalidad* en concreto entre el derecho interno (independientemente de la jerarquía: normas constitucionales, legales o reglamentarias, jurisprudencia, prácticas judiciales o administrativas) y el derecho internacional de los derechos humanos (la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados referentes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana: *acquis conventionnel,* siendo éste el parámetro de convencionalidad), resultando incompatibles entre sí para resolver el caso, en el momento de su aplicación, en el marco de la calificación del supuesto *fáctico*.

En tercer lugar, el conflicto normativo de *inconvencionalidad* —que ha de ser sustancial— presupone que la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados referentes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos aplicables conforman el derecho interno del Estado parte en dichos tratados, y el conflicto supone la existencia y validez de dos normas jurídicas contradictorias y aplicables en la jurisdicción interna del Estado, en el siguiente orden.

En efecto, para que exista conflicto normativo sustancial de *inconvencionalidad* hay que verificar en el caso concreto, cuando ocurrieron los hechos:

a) La vigencia del derecho interno (normas constitucionales, legales o reglamentarias, jurisprudencia, prácticas judiciales o administrativas) y su aplicabilidad.

b) Que están en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados referentes a la protección de los derechos humanos en el derecho interno.

c) Que en su aplicabilidad se relacionan el *vigor* de la Convención Americana u otros tratados con la *vigencia* del derecho interno para resolver el caso concreto.

d) La aplicabilidad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana *respecto* de la jurisprudencia, prácticas judiciales o administrativas nacionales aplicables con aquélla, por tratarse del mismo o similar supuesto *fáctico* en el caso concreto a resolver.

En cuarto lugar, debe existir una real *contradictio in terminis* directa entre la norma jurídica o la jurisprudencia, prácticas judiciales o administrativas internas y la norma sustancial convencional y/o la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

En quinto lugar, el *escrutinio de adecuación* material que hace la Corte Interamericana, en el caso concreto, consiste en el examen de confrontación normativo del derecho interno (norma constitucional, legal o reglamentaria, prácticas judiciales o administrativas) y/o de la jurisprudencia nacional frente

a la Convención y a la jurisprudencia interamericanas —*acquis conventionnel*—, con el objeto de establecer la incompatibilidad directa (*contradictio in terminis*) de la norma, de la jurisprudencia o de las prácticas nacionales con el *acquis conventionnel*, generando el incumplimiento de las obligaciones internacionales específicas (derechos humanos civiles y políticos, arts. 3o. a 25) en relación con el incumplimiento de las obligaciones internacionales generales derivadas de los arts. 1.1 y 2o. de la Convención.

En sexto lugar, para establecer la *contradictio in terminis de inconvencionalidad* además hay que interpretar la Convención Americana u otros tratados y el derecho interno. Se trata de la interpretación de normas *en concreto*, "que consiste en subsumir un supuesto de hecho concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada «en abstracto»". En otras palabras, la interpretación la realiza la Corte en el marco de la calificación de *facto* y de *jure* de los hechos del caso concreto que resuelve aplicando la Convención Americana y la jurisprudencia convencional, concluyendo que el derecho interno (normas, jurisprudencia o prácticas) aplicado por el juez nacional para resolver el caso es *inconvencional*; examen de confrontación normativo del que se deriva la *primacía* de la Convención Americana sobre el derecho interno, incluida la Constitución.

En séptimo lugar, la Corte establece, en el caso concreto, las violaciones a los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana y/o la transgresión de la jurisprudencia interamericana —*acquis conventionnel*—, que con la *aplicación* de la norma (constitucional, legal o reglamentaria) y/o de la jurisprudencia, de las prácticas judiciales o administrativas internas inconvencionales *afectaron* a una persona humana o a un grupo de personas determinadas, individualizadas e identificadas —presuntas víctimas y/o sus familiares—.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia de la Corte ha evolucionado progresivamente, distinguiendo si la norma nacional es o no de aplicación inmediata. Dependiendo del caso concreto, la Corte se ha referido a la *existencia* de la norma interna, a su *expedición (*o *inicio)*, su *vigencia* o su aplicación.

En octavo lugar, como consecuencia de lo anterior (la inconvencionalidad normativa, jurisprudencial o de prácticas) se configura un hecho internacionalmente ilícito atribuible al Estado parte de la Convención Americana u otros tratados, generando de inmediato la responsabilidad internacional del Estado (*tempus commisi delici*) por dichas violaciones a los derechos convencionales y/o la jurisprudencia convencional (*acquis conventionnel)* y, por consiguiente, nace la obligación internacional a cargo del Estado de reparar integralmente los daños materiales e inmateriales a las presuntas víctimas y/o sus familiares (*restitutio in integrum*), según la calificación de los hechos —probados—.

En noveno lugar, la Corte Interamericana —mediante sentencia— ordena al Estado las reparaciones integrales de los daños, disponiendo el *cese* (*poner fin* a la conducta estatal inconvencional) de los efectos jurídicos de las normas, jurisprudencia y prácticas nacionales inconvencionales (hechos internacionalmente ilícitos de carácter *continuo*), estableciendo además las obligaciones internacionales *de resultado de naturaleza jurídica* de adoptar *seguridades* y *garantías de no repetición;* para hacer efectiva estas obligaciones y las siguientes, el Estado deberá: reformar la Constitución, derogar, modificar o anular la ley o el acto

administrativo, o completar sus contenidos; expedir una ley o un acto administrativo; adecuar la jurisprudencia o prácticas internas a la jurisprudencia de la Corte, y las demás reparaciones que fueren necesarias para restablecer la situación jurídica anterior (*restitutio in integrum*) a las violaciones y que el Estado garantice a las víctimas y/o sus familiares el respeto y el libre y pleno ejercicio de sus derechos reconocidos en la Convención; adecuando de esta forma el derecho interno al estándar mínimo interamericano (el derecho internacional de los derechos humanos).

Ernesto Rey Cantor
Ángela Margarita Rey Anaya

Control de legalidad

El control de legalidad es una concepción que tiene su origen en el derecho moderno. Su aparición se encuentra estrechamente relacionada con la centralización del poder en el Estado, su consecuente reivindicación del monopolio de la producción legislativa y la necesidad de hacer efectivo el mandato de las leyes. Como resultado de esta nueva configuración, resultaba indispensable obligar no sólo a los gobernados, sino a la administración pública en general y a los jueces en lo particular, a apegarse al mandato estricto de la ley. Para tal efecto, se diseñaron instrumentos procesales como la casación, entre cuyos objetivos se encontraba revisar que una resolución impugnada (casada) fuera efectivamente apegada al mandato de la ley. Desde el punto de vista práctico, la labor de los tribunales de casación en su vertiente de instrumentos de control de la legalidad consistía en depurar a las sentencias de todo aquel contenido normativo que no tuviera un origen estrictamente legislativo. De esta manera, otras fuentes del derecho, como la doctrina o la costumbre, debieron ceder su lugar a la ley. Con el paso del tiempo la función del control de legalidad se transformó. Pasó de ser un instrumento encargado de verificar la estricta aplicación de la ley, a uno cuya función consistió en evaluar la correcta aplicación de la ley. En el primer caso, la labor se centraba en constatar que las leyes fueran efectivamente aplicadas y que no se emplearan fuentes que no tuvieran un origen legislativo. En el segundo caso, en cambio, el objetivo consiste en emitir una valoración para determinar si un precepto ha sido correctamente aplicado para resolver una cuestión en particular. Por decirlo de alguna manera, si la ley X fue correctamente aplicada, o si dicha ley no era aplicable y en su lugar debió aplicarse la ley Y. En este último caso, el tribunal encargado de realizar el control de la legalidad debe verificar no sólo la ley aplicada sino que la misma sea la que corresponda a la situación fáctica sujeta a juicio.

El control de la legalidad en México tuvo sus primeras expresiones a mediados del siglo XIX con la instauración de tribunales de casación en diversas entidades federativas. Sin embargo, dados los complejos requisitos técnicos exigidos para la procedencia de la casación, su empleo era poco frecuente. En la década de los años sesenta del propio siglo XIX, los abogados mexicanos empezaron a recurrir al juicio de amparo para impugnar en forma extraordinaria resoluciones judiciales bajo el argumento de que se oponían al mandato

constitucional de apego a la legalidad establecido en el art. 14 de la Constitución. Así apareció el llamado amparo casación, como un instrumento menos formalizado que el recurso de casación, y eficaz para impugnar la legalidad de las resoluciones judiciales. Los tribunales federales no siempre fueron proclives a escuchar este tipo de argumentos. Al efecto sostenían que se violentaba la cosa juzgada establecida por los tribunales ordinarios. En algún momento dicha postura fue incluso sostenida por el legislador (art. 8o. de la Ley de Amparo de 1868), quien estableció la prohibición de recurrir al amparo para impugnar resoluciones provenientes de tribunales ordinarios. A finales del siglo XIX la ley y los criterios jurisprudenciales cambiaron. Desde entonces el amparo casación o amparo directo es una herramienta ampliamente utilizada en la práctica forense mexicana.

En la actualidad, los instrumentos de control de la legalidad se han diversificado; ejemplo de ello es el juicio contencioso administrativo. Sin embargo, el amparo, tanto el indirecto en contra de autoridades no jurisdiccionales, como el directo contra resoluciones de tribunales, se mantienen como los principales mecanismos de control de la legalidad en México. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia y de los tribunales colegiados de circuito dan cuenta de la extensión y minuciosidad con la que se trata la legalidad a propósito de la interpretación de los alcances de los arts. 14, 16 y 31, frac. IV, de la Constitución.

José Antonio Caballero

Control difuso por juez local

En un país federal, hay control difuso por jueces locales cuando éstos tienen competencia para dejar de aplicar en los casos concretos sometidos a su jurisdicción, aquellas normas jurídicas que sean incompatibles con las normas jurídicas de jerarquía suprema en el respectivo Estado.

En México, el control difuso a cargo del juez local puede ser de tres tipos, en función de la norma de jerarquía suprema que se utilice como parámetro de interpretación y de validez ante el cual se confronta la norma local: control difuso de *constitucionalidad*, cuando el juez local verifica la compatibilidad de las normas locales con la Constitución federal; control difuso de *convencionalidad*, cuando la norma local es evaluada desde el mirador de los tratados internacionales considerados como de jerarquía superior, y control difuso de *constitucionalidad local*, cuando el examen de compatibilidad de la norma local se hace para garantizar la supremacía, en todo lo concerniente al régimen interior del Estado, de la respectiva Constitución estatal.

Sobre el control difuso de constitucionalidad por juez local, revisando el derecho comparado, lo que encontramos es que el modelo emblemático de este sistema es el que opera en los Estados Unidos de América, donde la Constitución de 1787, en su art. VI, faculta expresamente a los jueces locales a ejercer dicho control. Disposición ésta que es similar o idéntica a la prevista en varias Constituciones latinoamericanas, no obstante lo cual, el control difuso de constitucionalidad en América Latina funciona en muy pocos países de manera similar a los Estados Unidos de América, destacando el caso de Ar-

gentina, que es el que con mayor fidelidad ha seguido este modelo. Otros países, como Brasil y más recientemente México, combinan el control difuso de constitucionalidad con otros medios jurisdiccionales de control concentrado de constitucionalidad, que sólo pueden ser planteados ante ciertos tribunales y cortes supremas o constitucionales.

En México, el control difuso de constitucionalidad estuvo prohibido para los juzgadores locales hasta 2011. Sólo podían ejercerlo los juzgadores integrantes del Poder Judicial de la Federación. Y esto porque la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desde la Quinta Época de su jurisprudencia, había reiterado el criterio de que del art. 133 de la Constitución no se derivaba la facultad de los jueces locales de ejercer control de constitucionalidad. Como ejemplo de las tesis que prohibían este control difuso cabe citar las siguientes: "Control judicial de la Constitución. Es atribución exclusiva del Poder Judicial de la Federación" (tesis P./J. 73/99) y "Control difuso de la constitucionalidad de normas generales. No lo autoriza el artículo 133 de la Constitución" (tesis P./J. 74/99).

Por lo que hace al control difuso de convencionalidad a cargo del juez local en América Latina, éste tiene sus orígenes en la jurisprudencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido consolidando a partir de 2006 (*Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile,* entre otros), y en la cual se sostiene que todos los jueces y tribunales internos de los países suscriptores de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el marco de sus respectivas atribuciones, deben ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas nacionales internas y la citada Convención.

En México no existía un criterio que expresamente prohibiera a los jueces locales el control difuso de convencionalidad, aunque sí existían algunas tesis de jurisprudencia que establecían que los derechos humanos previstos en tratados internacionales no podían utilizarse directamente como parámetro para juzgar la validez de una ley. Así, por ejemplo, en la tesis con rubro "Acción de inconstitucionalidad promovida por un organismo de protección de los derechos humanos. En la demanda respectiva pueden plantearse violaciones al principio de legalidad y, por ende, la inconstitucionalidad indirecta de una ley por contravenir lo establecido en un tratado internacional sobre derechos humanos" (tesis P./J. 31/2011), la Suprema Corte estableció que la incompatibilidad de una ley con un tratado internacional sólo podía plantearse en un medio de control de constitucionalidad, como violación a las garantías constitucionales de legalidad previstas en los arts. 14 y 16 de la carta magna. Bajo esta óptica, el control de convencionalidad sólo podía ejercerse de manera subsumida en el control de constitucionalidad, pero como éste le estaba vedado a los jueces locales, por consecuencia tampoco podían ejercer el control difuso de convencionalidad.

En relación con el control difuso de constitucionalidad local, éste sí lo podían ejercer los jueces locales en México, incluso antes de 2011, pero sólo para garantizar los derechos humanos previstos en su respectiva Constitución estatal, y siempre y cuando fueran distintos a los previstos en la Constitución federal, ya que estos últimos sólo podían ser garantizados por el Poder Judicial de la Federación. Por esto, cuando el estado de Veracruz implementó un sis-

tema de justicia constitucional local en el año 2000, la citada Corte resolvió que "…la facultad otorgada a la sala constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz-Llave para conocer y resolver el juicio de protección de derechos humanos, previsto en la Constitución Política de esa entidad federativa, no invade la esfera de atribuciones de los tribunales de la Federación, pues aquél se limita a salvaguardar, exclusivamente, los derechos humanos que establece el propio ordenamiento local" (tesis P. XXXIII/2002). Actualmente, las Constitución del Estado de Coahuila (art. 158) establece expresamente el control difuso de constitucionalidad local.

Ahora bien, el estatus del control difuso por juez local cambió radicalmente a partir de 2011, por dos razones:

a) Por la reforma constitucional de junio de ese año, que expresamente estableció en el art. 1o. de la Constitución mexicana que "todas las autoridades" debían proteger y garantizar los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales, y que además introdujo el principio *pro persona* para que prevalezca la norma más favorable a la protección de los derechos humanos.

b) Por la resolución de julio de 2011, dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el expediente Varios 912/2010 relativo a la sentencia que a su vez había dictado en noviembre de 2009 la Corte Interamericana de Derecho Humanos, en el *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. México*. Sentencia esta última en la que también se expresa la doctrina del control difuso de convencionalidad (párrafo 114).

En apego a lo anterior, la Suprema Corte estableció una serie de criterios que no sólo autorizan, sino que obligan a todos los jueces, incluyendo desde luego a todos los jueces locales, a ejercer un control de constitucionalidad y de convencionalidad en materia de derechos humanos. La Corte ha dicho que "…todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona…" (tesis P. LXVII/2011). Por último, es importante destacar que el juez local deberá ejercer este control difuso de manera metódica y con prudencia. Particularmente, entendiendo que el control difuso implica: *a)* partir de la presunción de constitucionalidad y de convencionalidad de la norma local; *b)* privilegiar la interpretación de la norma local que sea conforme con la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, y *c)* sólo en casos de incompatibilidad insubsanable, acudir a la inaplicación de la norma local como *ultima ratio* del control difuso.

Carlos Emilio Arenas Bátiz

Control directo de constitucionalidad

El control de constitucionalidad de las leyes —y normas jurídicas en general— puede ser *directo*, esto es, ante los organismos o tribunales encargados

con exclusividad para esa tarea (control concentrado), o *indirecto* (difuso), donde el planteamiento se debe hacer ante cualquier juez competente, sin importar el rango, y luego puede llevarse por vía recursiva hasta el más alto tribunal del país.

El esquema mixto intenta compaginar las ideas del sistema difuso y del concentrado. Así, por ejemplo, todos los jueces resuelven las cuestiones de constitucionalidad en las acciones ordinarias con efectos inter partes, pero en algunas vías especiales, generalmente reservadas a ciertos cuerpos (presidente, fiscal general), van directamente al Tribunal Constitucional, cuya sentencia será *erga omnes*. O bien el Tribunal conoce por apelación en los aspectos constitucionales de los casos comunes, pero es primera instancia en las acciones generales de inconstitucionalidad.

Desde el cuadrante subjetivo, el control de constitucionalidad puede ser *político o jurisdiccional*. El primero es —por regla— preventivo, y opera antes de que las leyes sean sancionadas.

En Francia —donde se ve con gran nitidez este modelo— no existe un canal "judicial" idóneo para inspeccionar la constitucionalidad de las leyes, pues dicha tarea es ejercitada por un cuerpo que por su estructura, funciones, y el trámite ritual que cumple, no debe ser considerado —como acotaba Cappelletti— de esencia jurisdiccional.

El contralor político es cumplido por un órgano *judicial* —por ejemplo un Consejo Constitucional— que está facultado para abortar el procedimiento legislativo cuando estima que la ley es violatoria del estatuto fundamental.

Como vimos, coexisten en el mundo dos grandes sistemas que llevan a cabo este tipo de verificación: el *concentrado* o directo —como en Austria, Italia, España, Alemania, etcétera—, esto es, resuelto exclusivamente por un cuerpo especializado (Corte o Tribunal Constitucional); y el *difuso* —o *indirecto*—, como en los Estados Unidos y en la Argentina —y ahora en México—, donde cualquier juez está potenciado para declarar la inconstitucionalidad de las leyes en el caso que juzga.

En estas vertientes se ha seguido ideológicamente a la doctrina de Hamilton y de Marshall, partiendo de la base de que el judicante, en su función de juzgar, está obligado —dentro del campo interpretativo— a inaplicar el dispositivo legal que no encaja en los andariveles de la carta suprema.

En suma, el control concentrado (o directo) se cumple ante los tribunales constitucionales o ante salas constitucionales, según las características de cada país.

Conviene repetir que este modelo se da cuando la función de revisión de la constitucionalidad de los actos emanados de los poderes públicos está monopolizada en un único órgano. En cambio, en el difuso esta revisión puede ser ejercida por cualquier juez o magistrado, y debe llevarse a cabo generalmente en el ámbito de un caso o controversia.

En América Latina, a principios del siglo XIX tuvo gran incidencia el esquema "difuso" que algunos autores han denominado como "americano", habida cuenta que lo ejercían jueces o tribunales de la función judicial.

Luego ha habido una tendencia creciente a la adopción del andarivel "directo", que fue adoptado por Chile, Perú, Colombia, Ecuador y Bolivia. Por

ello se crearon tribunales constitucionales o salas específicas para la materia constitucional, como sucedió en Guatemala, El Salvador, Paraguay, Honduras y Costa Rica.

También existe un modelo llamado "mixto", que tiene algunas variantes. En efecto, en muchos casos las naciones del *Civil Law* (o derecho continental), pese a trabajar sobre el sistema difuso, le han dado vida a vías alternativas, que permiten unificar la aplicación del derecho, como la posibilidad de que un cuerpo superior en la jerarquía judicial efectúe una declaración de inconstitucionalidad que derogue la norma con la finalidad de obtener un resultado que permita la uniformidad de criterios. Esto ha sucedido por ejemplo en Portugal y en Grecia, donde el Tribunal Superior está potenciado para ejecutar la revisión como control concentrado.

En tal sentido, debemos tener en cuenta que en algunos países donde se adopta el sistema americano o difuso de control, el cuerpo jurisdiccional de mayor jerarquía se transforma materialmente —como sucede en Argentina (art. 116 de la Constitución Nacional) y en los Estados Unidos de América— en un verdadero Tribunal Constitucional.

En esta última nación, si bien los fallos de la Corte Suprema federal sólo tienen valor *inter partes*, esto es para el caso particular; en la realidad a veces poseen efectos generales debido a la fuerza vinculante del precedente jurisprudencial que se infiere de la doctrina del *stare decissis.*

En algunas provincias argentinas, como la de Buenos Aires, impera un esquema mixto, ya que coexisten el modelo difuso típico, como el norteamericano, y el concentrado —directo— para la acción de inconstitucionalidad, que sólo puede incoarse ante la Suprema Corte local (art. 161 de la Constitución provincial).

En México, a través de la reforma constitucional de 2011 (arts. 1o. y 33 de la carta magna), se ha cambiado el eje de rotación tradicional para admitirse el control difuso, donde todo juez puede resolver sobre la constitucionalidad de las leyes.

Luego se aprobó otra reforma constitucional en materia de amparo de gran importancia, pues se incorpora la posibilidad de que las sentencias tengan efectos *erga omnes*, admitiendo por ejemplo los casos de interés legítimo, etcétera.

En definitiva, puede decirse que el control de constitucionalidad en el derecho comparado puede ser *directo* (*concentrado*), planteado exclusivamente ante el organismo diseñado para resolver las cuestiones constitucionales, *difuso* —*indirecto*—, propuesto ante cualquier juez, y el esquema mixto participa, como vimos, de ambas modalidades.

Juan Carlos Hitters

Control parlamentario

Karl Loewenstein (1989) señala que el control está vinculado con uno de los elementos esenciales de las democracias: la existencia de un gobierno responsable, lo cual lleva a establecer en las Constituciones mecanismos de control. De esta manera, explica el surgimiento histórico del control parlamentario

como garantía del principio democrático, que implica un Estado democrático de derecho.

Tres grandes líneas doctrinales que conceptualizan al control parlamentario han surgido de su desarrollo histórico.

Una primera concepción, que fue la tradicional y por lo mismo dominó la doctrina constitucional hasta épocas muy recientes, asocia el control parlamentario con la idea de presión, influencia y predominio del Parlamento sobre el gobierno, que en última instancia significa la posibilidad de remoción del titular del Ejecutivo o alguno de sus más altos colaboradores, a través de la exigencia de responsabilidad política y censura (Santaolalla López, Lucas Murillo de la Cueva y Álvarez Conde, en España).

La segunda línea doctrinal entiende al control parlamentario como la comprobación, inspección, verificación y supervisión de la actuación del gobierno, por medio del cual el Parlamento ejerce presión y puede llegar a influir en la actuación del órgano controlado (Barthélemy, Duguit, en Francia; Aguiar de Luque, De Esteban, García Morillo, en España).

Expone que en las democracias actuales el control parlamentario resulta fundamental para consolidar el pluralismo político y hacer posible la alternancia en el poder, construyendo e ilustrando la opinión pública e influyendo en el elector.

Esta función es una competencia específica de los integrantes de las cámaras, que se diferencia de las demás, por lo que para su ejercicio existen instrumentos concretos que la hacen posible: las comisiones de investigación, la facultad de formular preguntas e interpelaciones y la presentación de mociones o juicios políticos. Así, la función de control es claramente distinta de las funciones legislativa y presupuestaria, en cuanto al fin inmediato que persigue.

Finalmente, en una tercera línea doctrinal se encuentran para quienes el control parlamentario representa la materialización de la vaga situación de preponderancia del Parlamento sobre el gobierno, pero sin concretarse en ningún instrumento parlamentario en específico y encontrándose, a su vez, en todos; representa, así, un concepto más amplio de control (Rubio Llorente y Aragón, en España; Pedroza de la Llave y Mora-Donatto, en México).

Establecen que las cámaras, por medio de una multiplicidad de actos, inspeccionan, analizan, comprueban, examinan, revisan, registran, intervienen y verifican el funcionamiento del Ejecutivo y de los órganos de la administración pública, informando a la opinión pública, los medios de comunicación y el cuerpo electoral sobre sus actividades.

Con respecto a la primera concepción, el hecho de establecer que toda actividad de control exige, por definición, además de la supervisión o valoración de la actuación del gobierno, la adopción de medidas que pongan fin a la situación política en cuestión, por medio de la exigencia de responsabilidad política, entendida ésta como el mecanismo que puede cesar o remover al funcionario controlado, podría calificarla de reduccionista al emplear un concepto que no es útil en los sistemas presidenciales; recordando así la necesidad de que en las democracias parlamentarias como formas de Estado, se construya una noción de control parlamentario que rebase las limitaciones antes planteadas respecto a la relación control-remoción del gobierno.

Respecto a la línea doctrinal que busca "un concepto más amplio de control", ésta corre el riesgo de disolver la noción misma de control parlamentario. Es necesario entender que existen procedimientos concretos y especializados, identificables e inconfundibles con los demás procedimientos parlamentarios que persiguen otras finalidades y que, por ejemplo, formalizan jurídicamente la voluntad del Congreso, a través de una votación, en actos del Estado —como sucede al sancionar una ley—.

En cambio, los efectos jurídicos del control parlamentario en el gobierno son de naturaleza procedimental, sin que produzcan efectos jurídicos reglados sobre su voluntad y, por tanto, los que pudiera tener de naturaleza política no los podemos conocer con rigor, obteniendo un carácter difuso.

Un aspecto más que debe resaltarse en cuanto al control parlamentario versa sobre el papel que desempeñan la oposición y las minorías parlamentarias en su desarrollo. Actualmente, éstas son las interesadas y deben ser las encargadas de desplegar los mecanismos específicos de control, teniendo por objeto no una sanción directa de la administración, sino un desgaste del gobierno ante la opinión pública y el electorado, es decir, el establecimiento de una responsabilidad difusa.

Al no tener posibilidades de conseguir que el Parlamento adopte decisiones contra el Ejecutivo, intentan movilizar a la opinión pública contra éste, en virtud de que aspiran a alcanzar el poder en las siguientes elecciones, por lo que se centran en descubrir cualquier falta del gobierno y su mayoría parlamentaria.

Y como en el desempeño de la función de control no se persigue alcanzar la voluntad estatal, es por ello que no debe exigirse el apoyo de la mayoría, más bien debe facultarse a los parlamentarios de manera individual, a los integrantes de la oposición que, al no ser poderes públicos, actúen libremente. De aquí la diferencia que la doctrina ha establecido entre el control efectuado *por* el Parlamento y el realizado *en* el Parlamento.

Así, la oposición y las minorías otorgan mayor efectividad al control parlamentario a partir de la transparencia y el debate libre y público, siempre y cuando existan garantías institucionales para poder acceder frecuentemente a los mecanismos de control.

Tal es la importancia de su actuación que se ha señalado que la oposición no nace de la práctica democrática, sino que ésta se presenta en realidad, a partir del surgimiento de la oposición (Landa, 1994).

Por ello, y de acuerdo con la Unión Interparlamentaria, alrededor de treinta naciones cuentan en sus legislaciones con un estatuto oficial para la oposición, entre los que destacan Australia, Brasil, Egipto, Irlanda, Italia, Filipinas, Senegal y Tailandia. En América Latina, Colombia reconoce a nivel constitucional a la oposición, y Ecuador lo hizo durante la vigencia de la Constitución de 1998.

De esta manera se puede establecer el concepto de control parlamentario, entendiendo que, en las democracias parlamentarias como formas de Estado, el control parlamentario debe ser concebido como un *control político* que se ejerce a través de *mecanismos concretos*, en cuya operación observan especial interés la *oposición gubernamental* y las *minorías parlamentarias*, teniendo por objeto

la *fiscalización* de la actividad del gobierno y sus órganos administrativos; fiscalización que comprende la *valoración y el debate sobre ciertos hechos e información* obtenida respecto a la actividad controlada, otorgándole a la misma la *publicidad* de la cual carecía, dándola a conocer al electorado y produciendo, de esta manera, efectos de diversa índole y, por tanto, *difusos*.

Pablo Abreu

Control preventivo

Es un sistema de control constitucional de corte concentrado, mediante el cual el tribunal constitucional realiza el examen de un texto legislativo una vez aprobado por la legislatura, pero antes de que entre en vigor, con el objeto de determinar si el mismo se ajusta a los postulados constitucionales.

A este tipo de control también se le conoce como control *a priori* de constitucionalidad y se identifica por los siguientes elementos:

a) Es un control concentrado de constitucionalidad; sólo puede ser resuelto por el Tribunal Constitucional.

b) Tiene un carácter declarativo y abstracto. La resolución que dicte el Tribunal Constitucional es de tipo declarativo, porque se concreta a pronunciarse respecto a si el proyecto de ley sometido al control es o no constitucional. Y al mismo tiempo es abstracto en razón de que el estudio de constitucionalidad se realiza a partir de la generalidad del proyecto de ley y no de un caso concreto. La norma aún no existe, por tanto no puede realizarse la confronta de constitucionalidad desde la óptica de la aplicación a un caso en lo particular.

c) Es un control *a priori*. En cuanto a la oportunidad en que debe iniciarse este medio de control, la doctrina sostiene que el momento para ejercerlo es antes de que la norma sujeta a control sea definitiva, es decir, antes de que la misma se haya promulgado; que permita con claridad realizar el estudio de constitucionalidad a partir de un texto que ha sido ya aprobado por el órgano legislativo. Sin embargo, es importante distinguir en qué momento la norma no es aún definitiva; esto es, en el momento en que se presenta la iniciativa, en el momento en que se discute en la comisión legislativa competente, en el momento que la aprueba el pleno y antes de enviarse al Ejecutivo para su promulgación, o bien, una vez que el Ejecutivo recibe el proyecto legislativo aprobado y antes de que proceda a promulgarlo.

Pedro Antonio Enríquez Soto

Control previo en el derecho procesal constitucional local

I. Introducción. También conocido como *preventivo* o *a priori*, es aquel control de la regularidad de la Constitución local que se realiza en sede jurisdiccional y que se ejerce sobre una norma jurídica antes de su entrada en vigor.

En principio afirmamos que es un control jurídico porque, al menos la mayoría de las veces, lo ejerce un Tribunal Constitucional —sentido estricto—. Además, porque es diverso a otro tipo de controles calificados como

políticos, que también inciden en el proceso de creación de la ley hasta antes de su entrada en vigor, como por ejemplo el propio veto que ejercen los gobernadores de los estados —sentido amplio—.

Se trata de un control que, a diferencia de los controles sucesivos y concretos, se actualiza antes de que la ley entre en vigor, es decir, estamos en presencia de un control constitucional abstracto de carácter preventivo.

El control previo, al igual que los demás medios de control constitucional, es objeto de varias críticas; una que comúnmente se hace es la que afirma que hay un riesgo al judicializar un proceso evidentemente político, como el proceso legislativo, pues, según se ha dicho, el tribunal no puede intervenir en la soberanía del órgano legislativo ni ser un sujeto más dentro del proceso de creación de la ley. Empero, la única diferencia que se tiene respecto del control *a posteriori* es el momento en el cual se realiza, por lo demás, el mismo derecho procesal constitucional se encuentra en constante conflicto con el órgano legislativo. Podemos mencionar también que no existe invasión en la esfera del legislador, pues el tribunal conoce —la mayoría de las ocasiones— hasta que el legislador ha terminado su labor creadora, quedando sólo pendiente la promulgación y publicación de la ley.

Igualmente se ha sostenido que el control previo en la justicia constitucional local atenta contra el principio de división de poderes y distribución de competencias; sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la validez del mecanismo en la justicia constitucional local, precisamente al resolver la acción de inconstitucionalidad 8/2010, en donde sostuvo básicamente que el control previo establecido en la Constitución de Yucatán es compatible con el principio de división de poderes y que la finalidad no es otra distinta a la de cualquier otro medio de control constitucional local.

II. Control previo en el derecho procesal constitucional local. El control previo de constitucionalidad se encuentra incorporado en algunas entidades federativas, quienes han decidido establecerlo como mecanismo de defensa a su Constitución, aunque en algunos de ellos es más bien una consulta u opinión previa sobre la constitucionalidad de proyectos de ley; así hablamos en específico de Coahuila (Ley de Justicia Constitucional Local, arts. 71 y 90), Nayarit (Constitución Política del Estado, art. 53), Oaxaca (art. 106 de la Constitución Política del Estado), Yucatán (Constitución Política del Estado, art. 70, y Ley de Justicia Constitucional, arts. 114 a 130), y Zacatecas (art. 100 de la Constitución Política del Estado).

1. *Órgano que conoce del control previo.* Aquí tenemos dos modalidades, la primera es aquella donde el órgano controlador es el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado en su carácter de tribunal constitucional, como sucede en Coahuila de Zaragoza, Yucatán y Zacatecas. Por otro lado están los casos de Nayarit y Oaxaca, donde el órgano que conoce es la Sala Constitucional-Electoral y la Sala Constitucional, respectivamente, quienes desempeñan permanentemente y de forma especializada la jurisdicción constitucional local.

2. *Sujetos legitimados.* En este punto encontramos tres variantes. La primera es la que se ubica en Coahuila, donde la Ley de Justicia Constitucional solamente otorga legitimación al gobernador del estado, quien ejerce su derecho

de veto y, si así lo desea, al mismo tiempo promueve acción de inconstitucionalidad en su modalidad de control previo, pues solicita la opinión del Pleno del Tribunal Superior de Justicia; es decir, la única forma de solicitar el control previo es porque en principio el Ejecutivo hizo efectivo su derecho de veto. Situación similar pasa en Zacatecas, donde el titular del Poder Ejecutivo pide la opinión, pero sin necesidad de vetar el proyecto, y se incluye por la Constitución local el hecho de que esa consulta no puede hacerse pública, situación que es altamente criticable, pues el legislador tiene que estar sujeto a que se cuestione su actividad y que la sociedad esté informada sobre su actuar.

La segunda variante sucede en Nayarit, donde el órgano facultado para solicitar la consulta de la constitucionalidad es la propia comisión legislativa encargada de hacer el dictamen del proyecto de ley o decreto.

El tercer caso se presenta en Yucatán y Oaxaca. Aquí la legitimación es mucho más amplia que en las entidades anteriores, ya que pueden promover la cuestión de control previo el gobernador, el treinta y tres por ciento de los integrantes del Congreso, los órganos autónomos y, en Yucatán, además, el fiscal general del estado y los presidentes municipales.

3. *Etapa en la que se ejerce el control.* Por lo que ve al momento en el que se activa el control en Coahuila, Yucatán, Zacatecas y Oaxaca, éste se plantea una vez que el órgano legislativo ha terminado su actividad legislativa, pero previo a su publicación por el Ejecutivo estatal. No pasa así en Nayarit, donde el control se activa incluso antes de la deliberación del Congreso, pues lo que se somete a consideración de la Sala Constitucional es la iniciativa o el dictamen de ley o decreto de la comisión legislativa y no un texto definitivo; aquí se corre el riesgo de que pierda sentido la opinión de la Sala, pues esa iniciativa podrá sufrir modificaciones durante su tramitación.

4. *Procedimiento.* Las entidades que establecieron un procedimiento para sustanciar este tipo de control son Coahuila y Yucatán. En el primer caso se ejerce la acción de inconstitucionalidad en la modalidad de control previo, y el Pleno del Tribunal Superior de Justicia en su carácter de tribunal constitucional comunica al Congreso del medio de impugnación, quien puede o no suspender el procedimiento legislativo; si lo suspende, entonces el tribunal constitucional está en condiciones de resolver; pero si decide no suspender el procedimiento, por mayoría absoluta de votos, el control previo queda sin materia, es decir, la tramitación del control preventivo queda prácticamente a disposición del órgano legislativo.

En Yucatán la regulación es más acertada, pues después de que se promueve el requerimiento de control previo, el mismo Tribunal Constitucional suspende la publicación de la ley e incluso si el gobernador ejerció derecho de veto sobre lo mismo que se ventila en la cuestión de control previo, el recurso se declara improcedente; una vez suspendido el procedimiento, se da vista para que en quince días el Congreso rinda un informe, para lo cual también se cuenta con la intervención del fiscal, después se formulan alegatos y el Tribunal Constitucional dicta el fallo que corresponda.

Por lo que ve a Nayarit y Oaxaca, en sus Constituciones se dispone que realizada la consulta la Sala Constitucional tiene que resolver en diez días

para el caso de Nayarit y quince para el caso de Oaxaca, sin hacer alusión a procedimiento alguno.

5. *Efectos de la sentencia.* La sentencia que se dicta en este tipo de mecanismos en Coahuila es obligatoria para el Congreso del estado, siempre y cuando éste haya decidido suspender el procedimiento para la publicación de la ley. En el estado de Yucatán el pronunciamiento es igualmente obligatorio para el Congreso, por lo que éste tendría que modificar el proyecto de ley en términos de la sentencia. En el caso de Nayarit, la resolución de la Sala Constitucional-Electoral no tiene efectos vinculantes, pues se trata de una opinión consultiva respecto de una iniciativa, susceptible de ser modificada en el transcurso del proceso legislativo, pero sí proporciona la seguridad desde un inicio del proceso acerca de la constitucionalidad de la propuesta de ley o decreto. Por lo que ve a Zacatecas y Oaxaca, no se señala si la resolución tendrá efectos vinculantes, por tanto la resolución puede servir como fundamento al gobernador para que ejercite su derecho de veto.

III. Un tema importante es determinar la procedencia de mecanismos de defensa constitucional una vez que el tribunal haya resuelto el control previo. Sobre este punto, la única entidad que reguló tal situación es Yucatán, al establecer que no es posible otro medio de defensa posterior sobre lo que ya fue objeto de la consulta en el control previo de constitucionalidad.

José Manuel Chavarín Castillo

Control reparador

Es un sistema de control constitucional mediante el cual el Tribunal Constitucional anula una norma jurídica por ser contraria a la Constitución. Se trata de un sistema *a posteriori*, es decir, se activa una vez que la norma impugnada entra en vigor. La sentencia que se dicta en este sistema puede ser para el caso concreto, o bien con efectos generales derogatorios, dependiendo de si el modelo de control es difuso o concentrado. Se llama reparador porque al anular la norma inconstitucional se restituye o repara la violación a la norma constitucional.

Pedro Antonio Enríquez Soto

Control social

La expresión control social ha sido acuñada y desarrollada principalmente por los sociólogos norteamericanos, siendo un vocablo ligado con el orden, la estabilidad y armonía dentro del sistema social, pero que no implica una situación estática de la sociedad, porque prevé el cambio social siguiendo las normas, procesos e instituciones ya establecidos, dándose así un orden al cambio, un cambio dentro del sistema y no un cambio del sistema social.

Puede ser considerado como una institución, como un proceso o como resultado. Como institución hace referencia al conjunto de valores y pautas normativas existentes dentro de un sistema social, que tienden a ejercer sobre el individuo una influencia para que su acción social se adhiera a lo que se considera socialmente "correcto", pero en caso de que no se ajuste o trans-

greda las normas sociales, tendrá como consecuencia una sanción con el fin de ejercer un control sobre la conducta y mantener la estabilidad del sistema social.

Sobre esta cuestión, T. B. Bottomore señala que el control social puede concebirse de dos maneras: 1) como una referencia al conjunto de valores y normas con que se resuelven o mitigan las tensiones y los conflictos entre individuos y grupos, y 2) como el sistema de instituciones que sirven para comunicar e inculcar dichos valores y normas.

En el mismo sentido, Recaséns Siches considera que el control social trata de designar en conjunto todas las normas colectivas, así como también las autoridades y los poderes sociales que, a diferentes niveles y de diversas maneras, regulan la conducta humana en sus aspectos o resultados exteriores.

Como proceso, es hacer alusión a la manera en que se emplean, aplican o ejecutan los valores y pautas normativas del sistema social; de esta forma, los mecanismos, vías o medios que constituyen los vehículos para ejercer el control deben estar establecidos con claridad, ser conocidos por los miembros de la sociedad, accesibles y eficaces, para que en caso de que la conducta humana no se ajuste o se desvíe de los valores o pautas normativas, se aplique la sanción correspondiente, a fin de mantener el orden dentro del sistema.

En este orden de ideas, J. S. Roucek refiere que la expresión control social es un término colectivo para aquellos procesos, planeados o no, por medio de los cuales los individuos son enseñados, persuadidos o compelidos a adaptarse a los usos y a las valoraciones de los grupos de los que forman parte.

Como resultado, es la manera en que los valores o normas sociales han influido en el ser humano para determinar un cierto tipo de conducta, pudiendo darse la adhesión a dichos valores y normas sociales de manera voluntaria; que se acepten sólo bajo la amenaza o la aplicación de la fuerza física u otras sanciones; que se esté reluctante y se busquen alternativas pero siguiendo las instituciones del propio sistema, o bien que no influyan en la persona teniendo como consecuencia la desviación social, pero con la aplicación de la sanción se busca que la acción social se ajuste nuevamente a lo que se considera como socialmente correcto.

Los controles sociales dan cohesión a la sociedad, haciendo de las tensiones o desviaciones sociales un factor que se soluciona a través de las normas y los procedimientos diseñados por el sistema.

Entre los principales tipos de control social tenemos: la moral, la costumbre, la religión, el derecho, la educación y la opinión pública, tomando especial relevancia el derecho, por contar con la coacción. Roscoe Pound enfatiza que el derecho es una forma altamente especificada de control social mediante la aplicación sistemática de la fuerza en una sociedad organizada y políticamente desarrollada.

Del mismo modo, F. J. David, en la obra *Law as a Type of Social Control,* cataloga al derecho como un control social determinado por tener reglas de conducta explícitas protegidas por el uso de sanciones, interpretadas y aplicadas por agentes oficiales.

En la medida en que las personas reconocen, aceptan, ejercen y protegen los valores, principios y normas considerados como correctos dentro de una sociedad, más fuerte es el control social que se ejerce.

Ulises Bonilla Constantino

Controversia constitucional

La controversia constitucional puede entenderse como un mecanismo de control constitucional, a través del cual se protege de manera directa al texto fundamental en su apartado orgánico y las competencias asignadas a los órganos del Estado. Asimismo, puede entenderse como el proceso mediante el cual se plantea un juicio con todas sus características: acción planteada en forma de demanda, una contestación, una etapa probatoria y una sentencia, cuyos efectos pueden ser *inter partes* o *erga omnes* y cuya finalidad es resolver un conflicto competencial entre los órganos del Estado y diversos órdenes jurídicos.

La controversia constitucional es un juicio de única instancia que en México se tramita ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dicho conflicto puede ser producido por una norma general o un acto, mismo que genera una violación directa a la Constitución y a los principios del federalismo y división de poderes, necesarios para la existencia del Estado de derecho, en donde la distribución de competencias resulta indispensable para la realización de las funciones y distribución equitativa del poder.

El juicio de controversia constitucional funge como un mecanismo de control abstracto y concreto, en virtud de que, por un lado, permite que un órgano de naturaleza judicial y jurisdiccional se pronuncie cuando algún órgano en ejercicio excesivo de sus atribuciones constitucionales usurpe competencias de otro órgano, reconocidas en la carta magna y por lo tanto genere un daño; y por el otro, permite una revisión judicial de las normas que conforme a la Constitución presenten incompatibilidad, esto es, la violación se genera por la norma inconstitucional o en su caso por un acto; en ambos casos su confrontación será sujeta al texto fundamental. Este proceso tiene por objetivo dirimir los conflictos de competencias ante una instancia imparcial, objetiva e independiente, con lo cual se protege a la Constitución y se fortalece el equilibrio de los poderes, por lo que válidamente se encuadra dentro de la denominada justicia constitucional, pues permite que de una confrontación por vía procesal se estime su constitucionalidad y en su caso puedan suspenderse o invalidarse.

El primer antecedente de la figura en México se contempló en el art. 137, frac. I, de la Constitución Federal de 1824, que indicaba que la Suprema Corte podría conocer de las diferencias que pudiere haber de uno a otro estado de la Federación, siempre que se redujeran a un juicio verdaderamente contencioso en el cual debía recaer formal sentencia, y de las que se suscitaran entre un estado y uno o más vecinos de otro, o entre particulares, sobre pretensiones de tierras, bajo concesiones de diversos estados, sin perjuicio de que las partes utilizaran su derecho, reclamando la concesión a la autoridad que la otorgó.

El segundo antecedente corresponde al art. 112, frac. IV, del Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 1842, que seña-

laba que se consideraban atribuciones de la Corte de Justicia el conocer, de la misma manera, de las demandas judiciales que un departamento intentare contra otro, o los particulares contra un departamento cuando se redujeran a un juicio verdaderamente contencioso.

Las Leyes Constitucionales de 1836 también hacían referencia al tema, pues ya incluían un sistema de control de constitucionalidad que permitía declarar la nulidad de los actos contrarios a la Constitución, siempre que existiera alguna invasión en las competencias. Asimismo, el voto particular de Mariano Otero y el Acta de Reformas de 1847 indicaban que existía la necesidad de conservar el régimen federal mediante la limitación de las esferas estatales consideradas en el texto fundamental, por lo que estimó indispensable dar al Congreso de la Unión el derecho de declarar nulas las leyes de los estados que implicaran una violación al pacto federal, o fueran contrarias a las leyes generales, porque de otra manera el poder de un estado sería superior al de la Unión, y el de éste se convertirá en irrisión.

El Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana también incluía a las controversias constitucionales, ya que facultó al máximo tribunal para conocer de las diferencias que pudiera haber de uno a otro estado de la nación, siempre que éstas se redujeran a un juicio verdaderamente contencioso en que debiera recaer formal sentencia, y las que se suscitaran entre un estado y uno o más vecinos de otro, es decir, en donde se entablara un verdadero proceso, o entre particulares sobre pretensiones de tierras, bajo concesiones de diversos estados, sin perjuicio de que las partes usen de su derecho, reclamando la concesión a la autoridad que la otorgó.

Por lo que respecta al art. 98 de la Constitución de 1857, aprobado el 28 de octubre de 1856, disponía éste que correspondía a la Suprema Corte de Justicia, desde la primera instancia, el conocimiento de las controversias que se suscitaran de un estado con otro, y de aquellos en los que la Unión fuere parte.

En el proyecto de Carranza se indicó que correspondía sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se suscitaran entre dos o más estados, entre los poderes de un mismo estado sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más estados, así como de aquellos en que la Federación fuera parte, de tal manera que el texto no tuvo mayores modificaciones; asimismo, no se reglamentó el proceso que sustanciaba el juicio, lo que motivó que la Corte aplicara el Código Federal de Procedimientos Civiles, así como la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley de Coordinación Fiscal de 1978 y la Ley de Planeación de 1983, que facultaban al tribunal para conocer de conflictos suscitados por la aplicación de dichas leyes.

El art. 105, que recogió la garantía constitucional, tuvo diversas modificaciones: la primera el 25 de octubre de 1967, señalando que sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación le competía conocer de las controversias que se suscitaran entre dos o más estados, entre los poderes de un mismo estado sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más estados, así como de aquellas en que la Federación fuera parte en los casos que estableciera la propia ley.

El 25 de octubre de 1993 se reformó dicho artículo para afirmar que sólo competía a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se suscitaran entre dos o más estados; entre uno o más estados y el Distrito Federal; entre los poderes de un mismo estado y entre órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más estados, así como de aquellas en que la Federación fuera parte en los casos que establezca la Ley.

La modificación trascendental para este tipo de procesos orgánicos se da en 1994; en virtud de ello, el Ejecutivo Federal envió al Congreso una iniciativa con el objetivo de reformar diversos artículos de la Constitución y convertirse en una reforma transversal del Poder Judicial federal. La reforma del art. 105 constitucional permitía ampliar las facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer de las controversias que se suscitaran entre la Federación, los estados y los municipios; entre el Ejecutivo Federal y el Congreso de la Unión; entre los poderes de las entidades federativas o entre los órganos de gobierno del Distrito Federal. Del mismo modo, ampliaba la legitimación para promover las controversias constitucionales.

Desde su instauración en el texto constitucional de 1824, y en ausencia de una norma reglamentaria específica, el ejercicio de dicha garantía quedó supeditado a su reglamentación, misma que aconteció en 1995, con lo cual, los conflictos que tradicionalmente se resolvían por la vía política se plantean hoy a través de un verdadero proceso judicial. Las sentencias emitidas en una controversia constitucional pueden dar lugar a dos posibilidades: por un lado, si éstas versan sobre disposiciones generales de los estados o de los municipios impugnadas por los estados o en tratándose del Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión, de aquél y cualquiera de su cámaras, o en su caso la Comisión permanente, ya sea como órgano federal o del Distrito Federal; asimismo, de dos poderes de un mismo estado, de dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, y si la resolución de la Suprema Corte las declara inválidas, dicha declaración tendrá efectos generales siempre que haya sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos; en los demás casos los efectos sólo surtirán para las partes.

El trámite de las controversias constitucionales se rige por la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política, y supletoriamente por el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Fabiola Martínez Ramírez

Controversia constitucional local (México)

Las controversias constitucionales son precisamente el mecanismo de tutela constitucional que está regulado por la mayor parte de las entidades federativas, siguiendo en buena medida las características del instituto incorporado desde 1824 en las Constituciones mexicanas. Este tipo de instrumento hace alusión a los conflictos que pueden surgir entre los distintos órdenes normativos (constitucionales y legales) o los diversos órganos pertenecientes a ámbitos diferentes o iguales. A través de esta vía se busca garantizar el principio de división de competencias entre los diversos organismos locales.

Las leyes de justicia constitucional de los estados de Veracruz, Guanajuato, Coahuila, Querétaro, Nayarit, Tamaulipas, Estado de México, Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo y Yucatán coinciden en regular las controversias que surjan entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo; entre el Poder Ejecutivo y uno o más municipios; entre el Poder Legislativo y uno o más municipios, y entre dos municipios. Tlaxcala, además, incluye los conflictos que puedan originarse entre el Poder Ejecutivo y los concejos municipales; aquellos que se ocasionen entre el Poder Legislativo y dichos concejos; al igual que los que surjan entre dos o más munícipes de un mismo ayuntamiento o concejo municipal, incluidos los presidentes de comunidad.

El estado de Coahuila amplía los supuestos al contemplar los conflictos de competencia que se susciten entre el Poder Legislativo y una o más entidades paraestatales o paramunicipales del estado; uno o más municipios y una o más entidades paraestatales o paramunicipales del estado; una o más entidades paraestatales y otra u otras paramunicipales del estado; uno o más organismos públicos autónomos y otro u otros órganos del gobierno estatal o municipal.

En Nayarit y Yucatán los organismos autónomos pueden demandar o ser demandados en controversia cuando surja un conflicto con el Poder Legislativo o Ejecutivo, municipios o, incluso, entre los propios órganos autónomos.

En Guanajuato no se emplea el término controversias constitucionales para hacer referencia a este tipo de conflictos, sino el de controversias legales. En esta entidad se contempla como uno de los supuestos, los conflictos de límites territoriales que se originen entre los municipios del estado. En Tlaxcala, por el contrario, al señalarse los supuestos que se pueden dar en este tipo de juicios se establece que el Pleno del Tribunal Superior de Justicia no puede analizar cuestiones relativas a límites territoriales de los municipios, los cuales serán resueltos por el Congreso del estado.

La legitimación procesal activa se confiere, regularmente, a los poderes estatales, en cuanto se trata de una disputa entre ellos respecto de las atribuciones que están delimitadas en las Constituciones locales. Por ello, en Veracruz, Chiapas, Quintana Roo, Estado de México, Nayarit, Tamaulipas y Yucatán se reconoce legitimación a los municipios y a los poderes Ejecutivo y Legislativo. En el caso de los estados de Guanajuato y de México la legitimación se amplía al poder, y en esta última entidad también al estado, considerado en abstracto, y al comisionado de los derechos humanos.

Por su parte, en Querétaro y Tlaxcala se otorga legitimación también a la autoridad y a los particulares, así como a los partidos políticos en el caso de Tlaxcala. Y en Coahuila se extiende a cualquier persona, entidad u órgano que promueva la controversia.

Tienen legitimación procesal pasiva en los estados de Guanajuato, de México, Tamaulipas y Yucatán el poder o municipio que hubiere emitido o promulgado la disposición general o realizado el acto que sea objeto de la controversia (en el Estado de México se incluye al Estado). En Veracruz, Chiapas y Quintana Roo, además de contemplar a los municipios, se realiza una mayor especificación al contemplar a los poderes Legislativo y Ejecutivo. En Tlaxcala, Querétaro y Nayarit se establece una fórmula muy genérica, pues podrán ser demandados la autoridad o autoridades que emitan y promulguen

la norma que se impugne y, en su caso, las que hubieren ordenado, ejecutado o traten de ejecutar el acto o resolución combatidos. Es Coahuila el estado en el que se introduce una legitimación más extensa, ya que incluye a cualquier entidad, poder u órgano.

En Veracruz, Chiapas, Tlaxcala, Guanajuato, Quintana Roo, Estado de México, Nayarit, Tamaulipas y Yucatán la vinculación entre concentración e instrumentos abstractos de constitucionalidad origina que los efectos de las sentencias sean *erga omnes*, siempre y cuando dichas resoluciones hayan sido aprobadas por el número de votos que cada legislación estatal contempla. En el caso de Veracruz se requiere el voto de las dos terceras partes de los miembros del Tribunal. En Chiapas, el voto de la mayoría de sus miembros (por más de cinco votos); en Tlaxcala, por cuando menos diez magistrados; en Guanajuato, la mayoría simple de votos de los integrantes del Pleno; en el caso de Quintana Roo una mayoría de por lo menos seis votos de los integrantes del Pleno; en el Estado de México por cuando menos cuatro votos de los integrantes de la Sala Constitucional; en Nayarit cuatro votos de la Sala Constitucional, y en Tamaulipas al menos cuatro votos del Pleno, al igual que en Yucatán.

En el supuesto de que no se alcancen las mayorías indicadas, las sentencias tendrán efectos respecto a las partes en la controversia, con excepción de Tlaxcala, en donde si no se alcanza la mayoría indicada se desestima la impugnación. En Coahuila solamente se aplica este último supuesto, pues las sentencias en las controversias constitucionales tienen efectos exclusivos para las partes en conflicto.

Giovanni A. Figueroa Mejía

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Belém do Pará)

La violencia contra la mujer, en todas sus formas, es una preocupación muy seria de los movimientos contemporáneos feministas en las Américas. El reconocimiento del problema, después de haber sido ignorado por tantos años, se ha convertido en una prioridad para la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), organismo especializado de la Organización de los Estados Americanos, y el principal foro generador de políticas hemisféricas para la promoción de los derechos de la mujer y la igualdad de género. Establecida en 1928 durante la Sexta Conferencia Internacional Americana (La Habana, Cuba), la CIM fue el primer órgano intergubernamental en el mundo creado expresamente con el propósito de asegurar el reconocimiento de los derechos civiles y políticos de la mujer.

En 1990 la CIM convocó a la Consulta Interamericana sobre la Mujer y la Violencia. Esta reunión extraordinaria para tratar específicamente el tema de la violencia que afecta a la mujer, definió el problema de la siguiente manera: "En su sentido más amplio, se entiende que la violencia comprende la agresión física, sexual y psicológica contra la mujer. No respeta ningún sector de la sociedad, y aunque el predominio de este problema puede parecer un

fenómeno reciente, o de mayor ocurrencia actual... este aumento aparente de la violencia tiene su origen básicamente en el hecho de que el tema de la violencia contra la mujer ya no está escondido ni es prohibido".

En año 1993 la Reunión Intergubernamental de Expertas para Considerar el Proyecto de la Convención Interamericana sobre la Mujer y la Violencia celebró dos sesiones (en abril y octubre) y logró sus objetivos con tanta minuciosidad y celeridad que la CIM pudo convocar a una Asamblea Extraordinaria de Delegadas en abril de 1994 para estudiar y adoptar la Convención para presentarla a la Asamblea General. Después de ser adoptada por el vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, que tuvo lugar en Belém do Pará, Brasil, en junio de 1994, varios gobiernos de los Estados miembros firmaron inmediatamente. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, no sólo reconoce que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos, sino que la define en la esfera pública y privada. Hasta la fecha, treinta y dos Estados miembros de la OEA han adoptado y/o ratificado esta convención interamericana.

El 9 de junio de 1994, en Belém do Pará, Brasil, se firmó la Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos.

Consta de cinco capítulos que contienen 25 artículos en total. El capítulo I es "Definición y ámbito de aplicación", el capítulo II "Derechos protegidos", el capítulo III "Deberes de los Estados", el capítulo IV "Mecanismos interamericanos de protección", y el capítulo V "Disposiciones generales".

En su art. 1o. la Convención define la violencia contra la mujer como "…cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado…".

El principal derecho que protege esta Convención es el que se encuentra en el art. 3o.: "Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado".

En cuanto a las obligaciones de los Estados parte, se refieren esencialmente a adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres (art. 7o.).

Como mecanismo de protección, se prevé que los Estados partes informen a la Comisión Interamericana de Mujeres acerca de las medidas adoptadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, para asistir a la mujer afectada por la violencia, así como sobre las dificultades que observen en la aplicación de las mismas y los factores que contribuyan a la violencia contra la mujer (art. 10).

Los Estados partes en esta Convención y la Comisión Interamericana de Mujeres podrán requerir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos opinión consultiva sobre la interpretación de esta Convención (art. 11).

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del art. 7o. de la

presente Convención por un Estado parte, y la Comisión las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 12).

Hasta la fecha (2013) es el único instrumento internacional vinculante sobre el tema específico de la violencia contra las mujeres.

María Vallarta Vázquez

Corpus iuris internacional

Es el conjunto de instrumentos jurídicos internacionales (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones) susceptibles de ser interpretados y aplicados para darle coherencia y armonía al contenido de una norma vinculante en la jurisdicción supranacional.

La expresión *corpus iuris internacional* es una contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la doctrina jurisprudencial supranacional; el concepto fue definido por primera vez en la Opinión Consultiva OC-16/1999 (del 1o. de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos respecto del "Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal"). La Corte Interamericana partió del criterio adoptado en 1970 por la Corte Internacional de Justicia, al estimar en su *Advisory Opinion* atinente a "Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa)", en donde se resolvió que debían tomarse en consideración las transformaciones ocurridas en el tiempo (en ese caso, en los últimos 50 años precedentes a la resolución), y su interpretación no podía dejar de tomar en cuenta la evolución posterior del derecho, resultando que un instrumento internacional debía ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación, teniendo como consecuencia real e inmediata que el *corpus iuris gentium* se enriquece considerablemente (evoluciona), y el órgano de impartición de justicia no puede ignorarlo para el fiel desempeño de sus funciones.

Con base en lo anterior, el tribunal interamericano refirió que existe en el orbe un cúmulo de instrumentos internacionales, los cuales se encuentran en continua evolución, ejerciendo un impacto positivo en el derecho internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Así, por ejemplo, al resolver dicha consulta, la Corte Interamericana refirió que el derecho individual de información establecido en el art. 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares permite que adquiera eficacia el derecho al debido proceso legal consagrado en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la precitada Convención de Viena; asimismo, se enfatizó el valor de otros instrumentos universales de carácter no contractual,

como el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión.

En esa misma línea jurisprudencial, al resolver la Corte Interamericana el caso de los *"Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala* (sentencia del 19 de noviembre 1999), se aludió a que tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) como la Convención sobre los Derechos del Niño conforman un *corpus iuris* internacional de protección de los niños que debe servir a ese tribunal para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el art. 19 de la referida Convención Americana. Además, la sentencia también citó algunas disposiciones de dos instrumentos universales no contractuales: las Reglas de Beijing y las Directrices de Riad. Ello permite confirmar que el *corpus iuris* de los derechos del niño está conformado por instrumentos regionales y universales, y por tratados e instrumentos no contractuales, que deben interpretarse y aplicarse en forma coherente y armoniosa.

En su Opinión Consultiva OC-17/2002, del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", la misma Corte Interamericana se refirió al *corpus iuris* de derechos y libertades consagrados por el derecho internacional de los derechos humanos. Ahí, a la par de los instrumentos citados en el caso de los "*Niños de la Calle*", reconoció el Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo como parte del *corpus iuris* internacional de protección de los infantes.

Es importante destacar que el origen de la cuestión proviene de la competencia por razón de materia que ejerce la Corte Interamericana, que conforme al art. 63.2 del Pacto de San José se circunscribe a cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de ese tratado. Empero, una interpretación gramatical de ese precepto conduciría a estimar que la Corte no puede aplicar otras normas de derecho internacional o del derecho internacional de los derechos humanos, así como para aplicar otros tratados interamericanos a fin de supervisar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados al ratificarlos, como son: el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).

Conviene decir que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos pueden dividirse en tres categorías, las cuales pueden servir para ubicar ese *corpus iuris*: *a)* la primera consiste en las grandes declaraciones de 1948: la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; *b)* la segunda contiene a grandes tratados universales y regionales en materia de derechos humanos; en cuanto a los primeros, se da cuenta del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; a su vez, en el sistema americano se incluye a la Convención Americana y al Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales, y *c)* la tercera categoría consiste en los demás instrumentos sobre derechos humanos dedicados a derechos o principios específicos, o los derechos de determinados sectores de la sociedad humana, como los niños, los indígenas, los trabajadores migrantes, las personas con discapacidad, los presos, etcétera.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde sus inicios, ha establecido la *praxis* de citar y utilizar no sólo convenciones no regionales sobre derechos humanos, sino también jurisprudencia de tribunales internacionales para informar la interpretación de la Convención Americana. Dentro de este orden de ideas, merece mención especial la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Europea de Derechos Humanos. Si bien es cierto que esa jurisprudencia no es vinculante para dicha Corte Interamericana, no menos veraz resulta que constituye una fuente importante de interpretación, lo que conduce a considerar que también las sentencias de esos órganos formarían parte de ese *corpus iuris,* a lo cual diversos autores denominan *diálogo entre cortes.*

Jorge Rivero Evia

Corte Constitucional en la Constitución de 2008 (Ecuador)

Como en ocasiones anteriores, la Corte está integrada por nueve magistrados titulares y nueve alternos; el periodo de duración se incrementó a nueve años con renovaciones por tercios cada tres años, y no tienen reelección inmediata (art. 432 de la Constitución). Son designados mediante un sistema cerrado en que los poderes o funciones Legislativo, Ejecutivo y de Transparencia y Control Social intervienen presentando los candidatos, entre los cuales se hará la designación a través de una comisión calificadora (designada por las mismas tres funciones ya mencionadas) y mediante concurso de méritos (art. 434 de la Constitución).

Como se observará, este sistema de designación es cerrado, poco democrático, pues solo intervienen los candidatos señalados de antemano, lo cual es otro aspecto que caracteriza al hiperpresidencialismo ecuatoriano, que tiene su punto de partida en los preceptos de la propia Constitución.

La Constitución de 2008 ha mantenido, de modo general, las mismas competencias y atribuciones que en el último tiempo se confirieron al Tribunal Constitucional, a las cuales se han agregado otras que son positivas para el mejor desarrollo de su función controladora. Aparte de los dictámenes que debe dar la Corte Constitucional, sus atribuciones se enfocan a cuestiones de inconstitucionalidad y a pronunciarse sobre las acciones de garantías jurisdiccionales que conozca, para la protección de los derechos fundamentales (véase El Ecuador y el derecho procesal constitucional).

En materia de inconstitucionalidad tenemos:

a) Las relativas a los actos normativos de carácter general —leyes y otras normas jurídicas— que por la forma o el fondo puedan ser inconstitucionales; esta declaratoria tiene efectos de invalidez de la norma.

b) La inconstitucionalidad de normas conexas cuando en los casos que conoce existan normas contrarias a la Constitución; aquí sus miembros pueden actuar de oficio, lo cual es una excepción puesto que generalmente actúan a petición de parte.

c) Respecto de los actos administrativos con efectos generales objetados por inconstitucionales, igualmente la inconstitucionalidad conlleva la invalidez del acto.

d) La inconstitucionalidad por omisión, que es nueva en el Ecuador, dispone que en los casos en que el poder público olvide poner en práctica los mandatos constitucionales, dentro del plazo señalado por la carta magna o en un plazo razonable, la Corte declarará este tipo de inconstitucionalidad; y si la omisión no se subsana el órgano constitucional deberá, con carácter provisional, expedir la norma o ejecutar el acto omitido. Este último aspecto convierte a los miembros de la Corte en legisladores temporales, cuestión no exenta de complicaciones.

Además, la Corte Constitucional debe dirimir aquellos casos de conflictos de competencias o de atribuciones entre las funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución, es decir, no se trata de competencias determinadas por la ley.

En materia de dictámenes, corresponde a la Corte pronunciarse sobre la constitucionalidad de los estados de excepción "cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales" (art. 436.8); sin embargo, de esta clara disposición constitucional la ley pertinente extendió el control a todo estado de excepción aunque no se decrete la suspensión de derechos fundamentales (lo cual en principio es óptimo pero no es lo que dispone la norma constitucional). Si bien en el estado de excepción el presidente de la República debe notificar de esta decisión dentro de cuarenta y ocho horas a la Corte (art. 166), ésta puede actuar de oficio.

Entre otros dictámenes a ser dados por la Corte y que señala la Constitución están: en aquellos tratados —señalados por la carta magna (art. 419)— que de alguna manera comprometen la soberanía del Estado, tiene el carácter de previo para que el Legislativo pueda aprobar el tratado (art. 438.1); las objeciones que por razones de inconstitucionalidad realice el presidente de la República en el proceso de formación de las leyes. En el Ecuador este tipo de control preventivo es antiguo, el primero se dio en el siglo XIX (Constitución de 1869).

Asimismo, la Corte Constitucional —de manera previa también— emite sus dictámenes sobre las convocatorias a consultas populares "de carácter nacional o a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados" (art. 438.2). Otro caso novedoso se presenta cuando el Legislativo quiere plantear un juicio político en contra del presidente o del vicepresidente de la República, en cuyo caso debe obtener previamente un dictamen de admisibilidad (art. 129); esta situación nunca la contempló el constitucionalismo ecuatoriano, cuestión que hoy se explica a causa del hiperpresidencialismo que busca el debilitamiento del Legislativo.

Si bien es diferente, vale mencionar que en los casos de disolución de la Asamblea Legislativa o de destitución del presidente, cuando la causal es la

arrogación de funciones (arts. 130.1 y 148), la Corte Constitucional previamente dará su dictamen de admisibilidad.

Otras atribuciones de la actual Corte Constitucional son:

La de expedir sentencias que formen jurisprudencia vinculante en relación con las acciones de hábeas corpus, hábeas data, de protección, acceso a la información pública, de cumplimiento, "y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión" (art. 436.6). Esta última disposición revela el concepto flexible que hoy reviste la sentencia ejecutoriada.

Se establece que el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales debe ser conocido y sancionado por la Corte, cuestión que no debe ser confundida con la acción *por* incumplimiento. Algunos consideran que este tipo de petición a la Corte Constitucional se agrega a las seis acciones de garantías jurisdiccionales; personalmente no creo que tengan esa categoría.

Cabe anotar que la actual Constitución reconoce a la Corte como órgano de interpretación constitucional; curiosamente, en el Ecuador por diversas razones esta atribución quedó radicada en el Legislativo contra toda lógica.

También se debe señalar que en la Constitución vigente se eliminó una forma de modelo difuso de control de constitucionalidad por parte de los jueces ordinarios, conocido como sistema de inaplicabilidad. Desde la carta política de 1967, el Ecuador estableció el modelo difuso junto al concentrado ejercido por el Tribunal de Garantías Constitucionales de la época. Para entonces, se facultó a la Corte Suprema para declarar inaplicable cualquier precepto legal contrario a la Constitución con efectos *inter partes*, en los casos que estuvieren bajo su conocimiento y resolución.

El texto constitucional de 1998 amplió esta atribución permitiendo que todos los jueces y tribunales puedan declarar la inaplicabilidad, no sólo a petición de parte sino incluso de oficio, y —como es obvio— sin perjuicio de resolver la cuestión principal de la causa. La inaplicabilidad debía ser informada al Tribunal Constitucional para que lo resolviera con efectos *erga omnes*. Este sistema de inaplicabilidad tuvo un desarrollo aceptable. Ahora, en su reemplazo se ha establecido que el juez, de oficio o a petición de parte, suspenda la tramitación de la causa y envíe en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la cual debe resolver la constitucionalidad en un plazo de cuarenta y cinco días; caso contrario —si transcurre este plazo sin resolverse la cuestión— "el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente" (art. 428 de la Constitución).

Hernán Salgado Pesantes

Corte de Constitucionalidad de Guatemala

La justicia constitucional en Guatemala y la creación por primera vez de una Corte de Constitucionalidad se produjo con la Constitución de 1965, aunque no se trataba de un tribunal permanente, porque se integraba cada vez que se presentaba una acción de inconstitucionalidad de ley. Regula por primera vez el sistema mixto, sistematizando por una parte la declaratoria de inconstitu-

cionalidad para casos concretos (*control judicial difuso* introducido en la reforma constitucional de 1921), por el cual las partes pueden plantear en cualquier instancia y en casación, antes de dictar sentencia, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley, y el tribunal deberá pronunciarse al respecto. Y la declaratoria de inconstitucionalidad con efectos generales y derogatorios (*control concentrado*) en vía principal, de leyes o disposiciones gubernativas que contuvieren vicio parcial o total de inconstitucionalidad.

En la Constitución Política de 1985 se establece la Corte de Constitucionalidad como tribunal especializado, permanente e independiente, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional. El título VI, lo regula con el nombre de "Garantías constitucionales y defensa del orden constitucional"; se mantienen las tres instituciones de garantía constitucional conocidas en nuestro derecho: la exhibición personal, el amparo y la inconstitucionalidad de las leyes, en sus sistemas difuso y concentrado. Se constituye como el primer tribunal de esta naturaleza en Latinoamérica.

La Constitución y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad le asigna a la Corte de Constitucionalidad las siguientes funciones:

a) Conocer en única instancia de las objeciones de inconstitucionalidad interpuestas contra leyes o disposiciones de carácter general.

b) Conocer en única instancia en las acciones de amparo interpuestas en contra del Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia, el presidente y el vicepresidente de la República.

c) Conocer en apelación de todos los amparos interpuestos ante cualquiera de los tribunales de justicia.

d) Conocer en apelación de todas las impugnaciones en contra de las leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos, en cualquier juicio, en casación, o en los casos contemplados por la ley de la materia.

e) Emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyecto de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado.

f) Conocer y resolver lo relativo a cualquier conflicto de jurisdicción en materia de constitucionalidad.

g) Compilar la doctrina y principios constitucionales que se vayan sentando con motivo de las resoluciones de amparo y de inconstitucionalidad de las leyes.

h) Emitir opinión sobre la inconstitucionalidad de las leyes vetadas por el Ejecutivo alegando inconstitucionalidad.

i) Actuar, opinar, dictaminar o conocer de aquellos asuntos de su competencia establecidos en la Constitución de la República.

Esta Corte, conforme el art. 269 constitucional, se integra con cinco magistrados titulares con su respectivo suplente. Duran en sus funciones cinco años y la Presidencia se ejerce por los mismos magistrados titulares que la integran, en forma rotativa, en periodos de un año, comenzando por el de mayor edad, y siguiendo en orden descendente de edades.

Son designados de la siguiente forma: *a)* un magistrado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia; *b)* un magistrado por el Pleno del Congreso de la República; *c)* un magistrado por el presidente de la República en Consejo

de Ministros; *d)* un magistrado por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala, y *e)* un magistrado por la Asamblea General del Colegio de Abogados.

En lo referente a las calidades de los magistrados, deben poseer dentro de sus cualidades personales, el ser de reconocida honorabilidad, poseer por lo menos quince años de graduación profesional, ser abogado colegiado y guatemalteco de origen.

El Pleno de la Corte, que se conforma con los cinco magistrados titulares, lo dirige el presidente de la Corte, quien es la autoridad administrativa responsable. Los magistrados suplentes integran la Corte en caso de ser llamados para resolver los asuntos en que se requiere el conocimiento de siete magistrados o en el caso de que algún titular se hubiere excusado.

En relación con el control de constitucionalidad de normas, conoce:

a) De la acción directa de inconstitucionalidad (*control concentrado*), en la cual las sentencias poseen efectos *erga omnes*; a través de ella se ejerce el control de constitucionalidad de las leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general.

b) Es importante destacar en cuanto a la legitimación activa, que en esta clase de inconstitucionalidad se introdujo la "acción popular", que permite su planteamiento por cualquier persona únicamente con el auxilio de tres abogados.

c) Además, de conformidad con el art. 134 de la Ley de Amparo, están legitimados para promoverla: 1) la Junta Directiva del Colegio de Abogados; 2) el Ministerio Público; 3) el procurador de los Derechos Humanos, y 4) cualquier persona con el auxilio de tres abogados.

d) Inconstitucionalidades en casos concretos: prescriben los arts. 272, inciso *d*, de la Constitución, y 163, inciso *d*, de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que la Corte tiene competencia para: "Conocer en apelación de todas las impugnaciones en contra de las leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos, en cualquier juicio, en casación, o en los casos contemplados por la ley de la materia". En este caso no existe acción popular y los únicos legitimados para plantear la inconstitucionalidad son las partes en el caso concreto. Es requisito imprescindible acreditar el interés jurídico con que procede, que regularmente se presenta en los procesos judiciales. La sentencia se concreta a declarar la inaplicabilidad de la norma al proceso respectivo por contrariar la Constitución, pero no se anula.

En relación con el amparo, es un instrumento de garantía introducido en las reformas constitucionales de 1921, tomado del modelo mexicano, y a partir de la cual se introdujo en todas las Constituciones, hasta la actual de 1985, en donde adopta un sistema mixto con el español de 1978.

La carta magna establece: "el amparo protege a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o restaura el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan" (art. 265).

La competencia de la Corte, conforme se encuentra constituida, permite decidir una amplia gama de asuntos con relevancia para la protección del orden constitucional.

Mauro Roderico Chacón Corado

Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es un órgano jurisdiccional autónomo de la Organización de Estados Americanos (OEA) cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "Convención" o "Pacto de San José") y otros tratados de similar naturaleza en casos en donde sea competente. Junto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos conforman el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos (sistema interamericano), que constituye un medio subsidiario y complementario a las instituciones estatales en la protección de los derechos humanos en el continente americano.

La Corte fue creada como resultado de la adopción del Pacto de San José el 22 de noviembre de 1969, instrumento que entró en vigor el 18 de julio de 1978 al haber sido depositado el undécimo instrumento de ratificación por un Estado miembro de la OEA. Quedó integrada el 22 de mayo de 1979, fecha en que la Asamblea General de la OEA eligió a los primeros jueces que la compondrían. Su primera sesión fue celebrada en la sede de la OEA, en la ciudad de Washington, D.C., los días 29 y 30 de junio de 1979. Meses más tarde se realizó la instalación de la sede permanente en la Ciudad de San José, Costa Rica, el 3 de septiembre de 1979, lugar donde la Corte permanece hasta la actualidad. La primera sentencia de fonto de la Corte emitida en ejercicio de su jurisdicción contenciosa fue el paradigmático *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* en 1988, relacionado con la desaparición forzada de Manfredo Velásquez por parte de agentes del Estado.

La Corte está compuesta por siete jueces, para un periodo de seis años. Pueden ser reelegidos una vez, permaneciendo en funciones hasta el término de su mandato. Sin embargo, aun cuando su mandato haya terminado, los jueces siguen conociendo de los casos a que ya se han abocado y que se encuentran en estado de sentencia, a cuyos efectos no son sustituidos por los nuevos jueces elegidos. No podrá haber dos jueces de la misma nacionalidad. Cada dos años se elige al presidente y vicepresidente, en votación secreta de los jueces titulares presentes, con posibilidad de reelección.

Los jueces son elegidos en la Asamblea General de la OEA de una lista de candidatos propuesta por los Estados partes de la Convención, en votación secreta, y por mayoría absoluta de votos de esos mismos Estados. Cada uno de los Estados partes puede proponer hasta tres candidatos, quienes pueden ser nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro Estado miembro de la OEA. Esto último significa que es posible que un ciudadano de un Estado que no es parte de la Convención Americana sea elegido juez de la Corte, como sucedió con el jurista estadounidense Thomas Buergenthal, en 1979, que fue propuesto por Costa Rica.

Para ser nombrado juez se requiere cumplir con los siguientes requisitos: ser nacionales de alguno de los Estados miembro de la OEA; ser elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral; gozar de una reconocida competencia en materia de derechos humanos, y reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos.

Ante el fallecimiento o renuncia de un juez titular se nombrará un *juez interino* para reemplazarlo, debiendo completar el periodo faltante; asimismo, sólo en casos contenciosos interestatales puede nombrarse un *juez ad hoc* en el supuesto en que entre los jueces llamados a conocer del caso, ninguno fuese de la nacionalidad de los Estados partes.

Las *competencias y funciones* de la Corte se despliegan en las siguientes vertientes: consultiva, contenciosa (individual e interestatal, y de supervisión), preventiva y reguladora.

La *competencia consultiva* otorga atribuciones a la Corte para conocer y resolver consultas sobre cuestiones relevantes en materia de derechos humanos presentadas por los Estados parte de la OEA y por otros de sus órganos, tales como la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, el Comité Jurídico Interamericano y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La función consultiva comprende dos hipótesis: la primera, la interpretación de las disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos; la segunda se refiere a la compatibilidad entre cualquiera de las leyes internas de los Estados miembros de la OEA y los mencionados instrumentos internacionales. La Corte ha emitido *20 opiniones consultivas* hasta enero de 2014 (teniendo una pendiente por resolver sobre niñez migrante), mismas que han abordado temas como la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, las restricciones a la pena de muerte, entre otras.

La *competencia contenciosa* otorga a la Corte atribuciones para conocer de casos relativos a la interpretación y aplicación del Pacto de San José. Para ello, es requisito que el Estado parte en el caso haya reconocido dicha competencia. Han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte 23 Estados miembros de los 35 que conforman la OEA, habiendo denunciado la Convención dos Estados: Trinidad y Tobago (1999) y Venezuela (2013). Sólo los Estados parte (en conflictos interestatales) y la Comisión Interamericana tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte. Por lo tanto, los individuos no tienen derecho a presentar peticiones de manera directa ante la Corte. Igualmente, es necesario que se agote el procedimiento ante la Comisión Interamericana. Cuando la Corte conozca de un caso y decida que existió violación de un derecho o libertad protegido por la Convención u otro tratado, dispondrá en la sentencia que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, y dispondrá, en caso de ser necesario, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración a esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Las

sentencias de la Corte son definitivas e inapelables. La Corte ha resuelto 172 casos en ejercicio de su jurisdicción contenciosa hasta enero de 2014, ninguno de ellos relativo a conflictos entre Estados hasta el momento.

La *competencia contenciosa* incluye la *competencia de supervisión,* la cual permite a la Corte verificar el cumplimiento de los deberes del Estado derivados de sus resoluciones. Esta competencia no está expresamente establecida en el Pacto de San José, pero la Corte ha entendido que dicha función es inherente a su jurisdicción, considerando la naturaleza y los valores comunes en los que se inspira la Convención Amerciana. En consecuencia, la Corte tiene la facultad de solicitar a los Estados responsables la presentación de informes sobre las gestiones para dar aplicación a las medidas de reparación ordenadas por ella en casos contenciosos, de evaluar dichos informes y de emitir resoluciones sobre el cumplimiento de sus fallos. Los medios para controlar el cumplimiento de las resoluciones incluyen ordenar a las autoridades ejecutivas o administrativas la ejecución forzada de los fallos, cambios legislativos, anulación de sentencias, entre otros. En este sentido, la Corte además puede señalar en su informe anual ante la Asamblea General de la OEA los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus resoluciones.

La *competencia preventiva* permite a la Corte adoptar las medidas provisionales en los asuntos que esté conociendo, o a solicitud de la Comisión Interamericana, en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas. Las características principales de estas medidas es que son temporales, teniendo un doble carácter: *cautelar*, al buscar mantener la situación jurídica en un caso concreto, y *tutelar*, al buscar la preservación efectiva de los derechos fundamentales de las personas cuando enfrentan situaciones de extrema gravedad y urgencia. Más de 25,000 personas han sido beneficiarias de estas medidas. Los beneficiarios pueden ser individuos, comunidades o incluso colectivos de personas, siempre y cuando puedan ser identificables por elementos objetivos.

La Corte posee también *facultades reguladoras* en general, las cuales incluyen la capacidad autónoma de adoptar su Reglamento, designar su secretario, y aprobar el presupuesto de gastos, entre otras.

La fuente principal de derecho que la Corte utiliza en el ejercicio de su jurisdicción *rationae materiae* es la Convención Americana. Sin embargo, la Corte puede también pronunciarse sobre violaciones a otros tratados que están estructuralmente ligados al Pacto de San José, que gozan de una cláusula que otorga dicha competencia de manera implícita o explícita, y que han sido ratificados por el Estado parte en un caso. Estos instrumentos incluyen los dos protocolos adicionales a la Convención Americana, relativos a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), y sobre la Abolición de la Pena de Muerte. Asimismo, comprenden la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como Convención de Belém do Pará) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Además, la Corte también puede utilizar otros instrumentos

internacionales de derechos humanos para definir el alcance de las obligaciones establecidas en el Pacto de San José; esto sucede, por ejemplo, con la utilización de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales, o la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

La Corte celebra actualmente seis periodos de sesiones al año, que pueden ser ordinarias (en su sede) y extraordinarias (fuera de su sede). El quórum para las deliberaciones es de cinco jueces, y las decisiones de la Corte se toman por mayoría de los jueces presentes en el momento de la votación, decidiendo el voto del presidente en caso de empate.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

Corte Interamericana de Derechos Humanos (cumplimiento de sentencia)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (la "Corte") es una institución judicial autónoma, ubicada en San José de Costa Rica. Su objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención. En la función jurisdiccional de la Corte, ésta debe determinar si existen violaciones a la Convención y, en su caso, declarar la responsabilidad estatal, velar por la protección de los derechos y establecer la reparación requerida. La Corte tiene su origen en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la "Convención") adoptada el 22 de noviembre de 1969, en la ciudad de San José, Costa Rica, aunque el funcionamiento de la Corte inició hasta 1979 al aprobarse su Estatuto. Las funciones, mandato y organización de la Corte tienen sustento en la Convención, su Estatuto y su Reglamento.

La Corte se compone por siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, mismos que son elegidos por mayoría absoluta de votos de los Estados partes de la Convención, por un periodo de seis años y con derecho a ser reelegidos una vez.

La Corte procesa casos que le son presentados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en contra de los Estados (la CIDH es el canal a través del cual la Convención otorga al individuo el derecho de dar por sí solo el impulso inicial necesario para poner en marcha el sistema internacional de protección de los derechos humanos), o casos de Estados en contra de Estados y responde a peticiones de opiniones consultivas cuando los Estados u organismos de la Organización de Estados Americanos (OEA) solicitan la interpretación del marco jurídico interamericano.

La Corte debe verificar oficiosamente su competencia para conocer de un caso en razón de las partes que intervienen en el procedimiento, de la materia objeto de controversia y en atención al tiempo transcurrido desde la notificación al Estado demandado del informe de la CIDH. La Corte tiene la facultad de pronunciarse sobre su propia competencia. En este sentido, la Corte sólo tiene competencia para conocer de violaciones ejecutadas después de que los Estados han reconocido su competencia contenciosa.

Al conocer de algún asunto, la Corte tiene las siguientes facultades (contenidas en el art. 63.1 de la Convención): *a)* la de disponer el goce de los de-

rechos conculcados a favor de quienes la misma declare han sido afectados en ellos; *b)* la de ordenar la reparación de los derechos vulnerados y el pago de una indemnización a la parte lesionada, y *c)* la de adoptar medidas provisionales para evitar daños irreparables a las personas.

En relación con el derecho a la reparación, la Corte ha establecido que éste es un principio de derecho internacional. Así, ha determinado que la reparación del daño ocasionado consiste en la plena restitución, que incluye el restablecimiento de la situación anterior, la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización. La Corte, en su jurisprudencia, se ha basado en la noción de reparación integral que comprende medidas de indemnización (como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales), restitución (restablecimiento de la situación existente antes de la violación a un derecho), compensación (pagos), rehabilitación (medidas de atención médica y psicológica para atender necesidades de las víctimas), satisfacción (medidas para redignificar a las víctimas) y garantías de no repetición (medidas para que no vuelvan a ocurrir las violaciones a derechos humanos en cuestión).

Cuando un caso es sometido a la jurisdicción de la Corte, su función se centra en analizar los hechos a la luz de la Convención u otros instrumentos aplicables; determinar si los peticionarios son víctimas de las violaciones a derechos humanos alegadas; en su caso establecer la responsabilidad internacional; determinar si el Estado en cuestión debe adoptar medidas de reparación —mencionadas anteriormente—, y finalmente supervisar el cumplimiento de sus decisiones. El fallo de la Corte es definitivo e inapelable.

Los Estados tienen la obligación de cumplir de buena fe con las obligaciones de sus convenios. En este sentido, si un Estado se rehúsa a cumplir una sentencia de la Corte se estaría violando uno de los principios más importantes y fundamentales de la jurisprudencia internacional y de la mecánica jurídica de los tratados: el *pacta sunt servanda*, que prescribe la obligatoriedad de los pactos y de esta forma exige el cumplimiento de buena fe de los mismos.

No obstante lo anterior, en el sistema interamericano, a fin de supervisar el cumplimiento de sentencias con posterioridad a la emisión de las decisiones, y con fundamento en el reglamento de la Corte, ésta requiere informes de los Estados respecto del cumplimiento de las sentencias, mismos que serán observados y comentados por las víctimas o sus representantes. Asimismo, la Corte puede requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, y de estimarlo conveniente, convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones. Una vez que cuenta con la información pertinente, se determina el estado de cumplimiento de lo resuelto.

Posteriormente la Corte somete a consideración de la Asamblea General de la OEA, en cada periodo ordinario de sesiones, un informe sobre su labor en el año anterior, en el cual señala los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos. En este sentido, el 29 de junio de 2005 la Corte emitió una resolución relativa a la aplicabilidad del art. 65 de la Convención, en la que estableció que si el Estado en cuestión no acredita el cumplimiento de los puntos de la sentencia pendientes de acatamiento, la Corte continuará

incluyendo dicho incumplimiento cada año, al presentar su informe anual a la Asamblea General. Sin embargo, a la fecha no se ha puesto en práctica esta disposición que faculta a la Corte a remitir los casos de incumplimiento de sentencias a la OEA.

Juan Carlos Gutiérrez Contreras

Corte Interamericana de Derechos Humanos (medidas provisionales)

Una de las competencias fundamentales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la facultad de otorgar "medidas provisionales", que deben diferenciarse de las "medidas cautelares" que dicta la Comisión Interamericana. Las medidas provisionales tienen su fundamento en el art. 63.2 del Pacto de San José, que prevé que "en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión [Interamericana]".

La consagración de estas medidas en el Pacto de San José denota indiscutiblemente el *carácter vinculante* de las mismas respecto a los Estados partes de dicho instrumento internacional.

La Corte Interamericana ha reconocido que las medidas provisionales dictadas en el marco del derecho internacional de los derechos humanos tienen un doble carácter. Por un lado poseen un carácter *cautelar*, que tiene por objeto asegurar la integridad y la efectividad de la decisión de fondo a través del resguardo del procedimiento hasta la emisión de una decisión final, y por otro lado un carácter *tutelar*, puesto que busca la preservación efectiva de los derechos fundamentales en riesgo para evitar daños irreparables a las personas. Este último aspecto es el que ha permitido afirmar que la naturaleza jurídica de estas medidas sea de *auténtica garantía jurisdiccional de carácter preventivo*.

El otorgamiento de medidas provisionales por parte de la Corte Interamericana, por su propio objeto y naturaleza jurídica, constituye siempre una protección preventiva; no determina una sentencia provisoria, y a través de ellas tampoco se prejuzga sobre los méritos de una petición o un caso sobre el fondo sometido ante el sistema interamericano. Tampoco su adopción determina por sí misma el inicio del proceso, pues es posible que existan medidas sin que se presente un caso ante la Corte.

Sin embargo, cabe destacar que no toda situación o potencial violación a los derechos humanos amerita el otorgamiento de las medidas. La Convención Americana establece los requisitos que deben ser verificados, a saber: *a)* una situación de *extrema gravedad* y *urgencia*, y *b)* la necesidad de *evitar daños irreparables* a las personas.

De acuerdo con el Reglamento de la Corte, las medidas provisionales pueden ser solicitadas a la Presidencia de la Corte, a cualquiera de los jueces, o a la Secretaría del Tribunal, por cualquier medio de comunicación. Si la Corte no se encuentra reunida al recibir la solicitud, la Presidencia de la Corte, en consulta con la Comisión Permanente y, de ser posible, con los demás jueces,

requerirá que el Estado en cuestión dicte las providencias urgentes necesarias para asegurar la eficacia de las posibles medidas provisionales que pueda tomar la Corte. Una vez que ésta se reúna podrá *confirmar*, *ampliar* o *modificar* las medidas dispuestas por la Presidencia.

La Convención Americana ha previsto que, independientemente de la existencia o no de un caso ante la Corte Interamericana, ésta tiene competencia para otorgar dichas medidas. El Reglamento de la Corte dispone que cuando ella se encuentra conociendo un caso sobre el fondo del asunto, puede otorgar las medidas en "cualquier estado del procedimiento". Esto puede hacerlo tanto a *instancia de parte* como *de oficio*. Siguiendo la reiterada jurisprudencia del tribunal, otorgar las medidas "en cualquier estado del procedimiento" comprende desde el inicio mismo del proceso en curso hasta, incluso, la etapa de supervisión de cumplimiento de la sentencia del caso contencioso que se trate, siempre que se configure una situación de extrema gravedad y urgencia, y a través de dichas medidas se pueda evitar un daño irreparable a las personas.

Ahora bien, cuando un caso no haya sido sometido al conocimiento de la Corte, ya sea porque el fondo del asunto se encuentra en trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, o porque no existe un procedimiento sobre el fondo ante el sistema interamericano, la Corte puede adoptar estas medidas siempre y cuando sean solicitadas por la Comisión. Sin embargo, una vez que la Corte decide otorgar las medidas en un determinado asunto de estas características, éste cae bajo su jurisdicción —en lo que respecta a las medidas— y continúa bajo la misma hasta que se decida su levantamiento; por tanto, las medidas sólo pueden ser modificadas o revocadas por decisión de la Corte, careciendo la Comisión de competencia para revocarlas o dejarlas sin efecto. Sin embargo, la Comisión —al igual que las partes en el procedimiento— puede solicitar que se modifiquen, amplíen o levanten si se configura alguna alteración en las circunstancias que sirvieron de fundamento para adoptarlas o porque las mismas han cumplido su fin.

En lo que respecta a los *derechos protegidos*, ni la Convención Americana ni el Reglamento de la Corte establecen un catálogo cerrado de los derechos que son susceptibles de ser salvaguardados mediante este mecanismo de protección. Debe entenderse, por tanto, que la Corte tiene la posibilidad de otorgarlas respecto de cualquier derecho siempre que se configure una situación de extrema gravedad, urgencia y necesidad de evitar daños irreparables.

Si bien la práctica de la Corte en un principio se enfocaba esencialmente a ordenar las medidas provisionales para proteger el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal (física, psíquica y moral) de personas vinculadas a un procedimiento ante el sistema interamericano, la práctica subsiguiente ha ampliado el otorgamiento de medidas para proteger a los individuos frente a las más variadas situaciones; por ejemplo, en contra de expulsiones y deportaciones, desplazamientos forzados, protección a la salud, protección a los derechos políticos, a la propiedad comunitaria y a los recursos naturales, entre otros.

En cuanto a los *beneficiarios*, en su práctica inicial la Corte consideraba indispensable que los mismos se encontraran debidamente individualizados, ya que no era factible ordenar medidas innominadas para proteger genéricamente a personas que se hallen en una determinada situación. A partir de

2002 la Corte admitió la protección de *colectivos* de personas que si bien no se encontraban individualizadas, eran i*dentificables* por elementos objetivos. Con el establecimiento de este criterio, la pertenencia a un determinado grupo o comunidad, o ser parte de un centro penitenciario o incluso de un medio de comunicación u organización no gubernamental, abre la posibilidad para ser beneficiario de medidas provisionales. En la actualidad, aproximadamente el 16% de las medidas otorgadas por la Corte se refieren a asuntos con beneficiarios no individualizados.

Como su mismo nombre lo indica, estas medidas tienen un *carácter temporal* y, por lo tanto, han de permanecer vigentes mientras duren las circunstancias que las generaron. Si bien la Corte puede, desde la primera resolución en la que las otorga, indicar el tiempo de duración de las mismas, tras verificar la subsistencia de una situación de extrema gravedad y urgencia puede decidir prolongarlas por otro lapso temporal, e incluso por un tiempo indeterminado. Esta situación ha llevado a que varias medidas provisionales sigan vigentes luego de años de su adopción.

La *supervisión de las medidas provisionales* se realiza mediante la presentación de informes estatales y de las observaciones a dichos informes por parte de los beneficiarios de dichas medidas. Asimismo, la Comisión Interamericana presenta observaciones a los informes del Estado y a las observaciones de los beneficiarios de las medidas. En caso de observarse que las medidas han cumplido su objetivo o no persisten las circunstancias que las motivaron, la Corte ordenará su levantamiento.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

Corte Interamericana de Derechos Humanos (opiniones consultivas)

De conformidad con lo dispuesto por el art. 2o. del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la Corte ejerce función jurisdiccional y consultiva. Su función consultiva se rige por las disposiciones del art. 64 de la Convención. Por su parte, el citado precepto de la CADH dice, textualmente: “1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

El origen de las opiniones consultivas no es reciente; por ejemplo, según el art. 14 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, la Corte Permanente de Justicia Internacional tenía la facultad de emitir opiniones consultivas sobre cualquier diferencia o cualquier cuestión que le fuese presentada por el Consejo o la Asamblea. En la actualidad, el art. 96 de la Carta de las Naciones Unidas confiere a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad la posi-

bilidad de solicitar a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica. En ciertas condiciones, otros órganos y organismos especializados de las Naciones Unidas pueden solicitar a la CIJ opiniones consultivas, pero no autoriza para ello a los Estados miembros (párr. 15, OC-1/82). Por su parte, el art. 47 del Convenio Europeo de Derechos Humanos faculta al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para emitir opiniones consultivas a solicitud del Comité de Ministros, acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos, excluido todo lo que se refiera al contenido o extensión de los derechos y libertades definidos en esos instrumentos, así como los demás asuntos que, en virtud de un recurso previsto en la Convención, podrían ser sometidos a la Comisión Europea de Derechos Humanos, a la propia Corte o al Comité de Ministros.

Por tanto, la función consultiva que confiere a la Corte IDH el art. 64 de la CADH solo tiene paralelo con la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en función de lo dispuesto por el art. 4o. del Protocolo relativo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que establece la creación de la Corte: "Artículo 4o. Opiniones consultivas. 1. A petición de un Estado miembro de la Organización para la Unidad Africana (OUA), de cualquier órgano de la OUA o de una organización africana reconocida por la OUA, la Corte podría realizar una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica respecto a la Carta o a cualquier otro instrumento pertinente relativo a los derechos humanos…".

La función consultiva tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en éste ámbito tienen atribuidos los distintos órganos de la OEA (OC-1/82).

El Reglamento de la Corte IDH, en sus arts. 70 a 72, se refiere a la materia objeto de la consulta:

1) *Interpretación de la CADH.* Las solicitudes de opinión consultiva deberán formular con precisión las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte. Las solicitudes formuladas por un Estado miembro o por la Comisión, deberán indicar, además, las disposiciones cuya interpretación se pide, las consideraciones que originan la consulta y el nombre y dirección del agente o de los delegados. Si la iniciativa de la opinión consultiva es de otro órgano de la Organización de Estados Americanos (OEA) distinto de la Comisión, la solicitud deberá precisar, además de lo mencionado en el numeral anterior, la manera en que la consulta se refiere a su esfera de competencia.

2) *Interpretación de otros tratados.* Si la solicitud se refiere a la interpretación de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos prevista en el art. 64.1 de la CADH, deberá ser identificado el tratado y las partes en él, las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte y las consideraciones que originan la consulta. Si la solicitud emana de uno de los órganos de la OEA, se señalará la razón por la cual la consulta se refiere a su esfera de competencia.

3) *Interpretación de leyes internas.* La solicitud presentada de conformidad con el art. 64.2 de la CADH deberá señalar: *a)* las disposiciones de derecho interno, así como las de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección a los derechos humanos, que son objeto de la consulta; *b)* las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte, y *c)* el nombre y la dirección del agente del solicitante. A la solicitud se acompañará copia de las disposiciones internas a que se refiera la consulta.

Con respecto a este último supuesto, la Corte IDH ha considerado que esta posibilidad de consulta alcanza también las hipótesis de proyectos de leyes, sin constreñirse a normas jurídicas que han entrado en vigor (OC-12/91).

Asimismo, la Corte IDH ha sostenido, adicionalmente, la posibilidad de opinar acerca de derechos contenidos en tratados internacionales que no tienen por objeto principal los derechos humanos (OC-16/99).

En cuanto al procedimiento, el art. 73 del Reglamento dispone: "1. Una vez recibida una solicitud de opinión consultiva, el secretario transmitirá copia a todos los Estados miembros, a la Comisión, al Consejo Permanente a través de su Presidencia, al secretario general y a los órganos de la OEA a cuya esfera de competencia se refiera el tema de la consulta, si fuere del caso. 2. La Presidencia fijará un plazo para que los interesados remitan sus observaciones escritas. 3. La Presidencia podrá invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. Si la solicitud es de aquéllas a que se refiere el artículo 64.2 de la Convención, lo podrá hacer previa consulta con el agente. 4. Una vez concluido el procedimiento escrito, la Corte decidirá si considera conveniente la realización del procedimiento oral y fijará la audiencia, a menos que delegue este último cometido en la Presidencia. En el caso de lo previsto en el artículo 64.2 de la Convención se hará previa consulta con el Agente".

Con referencia específica a la audiencia, la Opinión Consultiva no. 16 tiene una importancia especial al haber contado con un procedimiento consultivo muy variado, en el que, a la par de los ocho Estados intervinientes, hicieron uso de la palabra en las audiencias públicas siete individuos representantes de cuatro ONGs de derechos humanos, dos individuos de una ONG actuante en pro de la abolición de la pena de muerte, dos representantes de una entidad de abogados, cuatro profesores universitarios en calidad individual, y tres individuos en representación de un condenado a la pena de muerte.

Todo juez que haya participado en la emisión de una Opinión Consultiva tiene derecho a unir a la de la Corte IDH su voto razonado, disidente o concurrente.

La Corte IDH ha establecido que el sólo hecho de que un Estado miembro de la OEA presente una consulta invocando, expresa o implícitamente, las disposiciones del art. 64.1 de la CADH, no significa que la Corte sea competente, *ipso facto,* para contestarla. Si se le pidiera responder preguntas que versaran exclusivamente sobre la aplicación o interpretación de las leyes internas de un Estado miembro o que entrañaran cuestiones ajenas a la Convención o a los otros tratados a los que hace referencia el art. 64, la Corte IDH carecería de competencia para emitir su opinión (OC-15/97). La Corte IDH también rechaza que se puedan presentar como solicitudes de opinión con-

sultiva casos contenciosos encubiertos (OC-14/94). Concomitantemente, la Corte IDH podrá abstenerse de responder una consulta si aprecia que, en las circunstancias del caso, la petición excede los límites de su función consultiva, ya sea porque el asunto planteado concierna principalmente a compromisos internacionales contraídos por un Estado no americano o a la estructura o funcionamiento de órganos u organismos internacionales ajenos al sistema interamericano; ya sea porque el trámite de la solicitud pueda conducir a alterar o a debilitar, en perjuicio del ser humano, el régimen previsto por la Convención, ya sea por otra razón análoga (OC-1/82).

Al analizar si las opiniones consultivas tienen carácter vinculante, Juan Carlos Hitters sugiere que, si bien en principio la respuesta parece ser negativa, también es cierto que estos pronunciamientos originan un efecto similar al de la jurisdicción contenciosa, ya que son voluntariamente acatados por sus destinatarios, sin reparos. "Puede decirse —en suma— que no obstante que tales opiniones no son obligatorias en sentido estricto, su fuerza radica en la autoridad moral y científica de la Corte, y si bien su esencia es típicamente asesora, no por ello deja de ser *jurisdiccional*, y tiene por objeto coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los estados americanos, en lo que concierne a la protección de los derechos humanos", concluye Hitters. Pedro Nikken sostiene, por una parte, que el ejercicio de la función consultiva de la Corte IDH es jurisdiccional y, por otra, que las opiniones consultivas de la Corte IDH son jurisprudencia internacional. Por su parte, Florentín Meléndez sostiene que las opiniones consultivas son vinculantes y que un Estado de derecho no sólo debe acatarlas sino que debe disponer de los medios y las medidas para que la violación de esos derechos no vuelva a repetirse. Finalmente, de acuerdo con Fabián Salvioli, una interpretación *pro personae* del sistema interamericano de derechos humanos no puede sino concluir en el punto que las decisiones y resoluciones tomadas por los órganos encargados de aplicar la CADH u otros instrumentos de protección de los derechos humanos revisten el carácter de obligatorias y vinculantes para los Estados miembros de la OEA; más aún cuando se trata de un órgano jurisdiccional como la Corte IDH en cualquiera de las funciones que la CADH le asigna.

Como da cuenta el Informe Anual 2012 de la Corte IDH, las opiniones consultivas son instrumentos útiles para que los Estados y los mismos órganos de la OEA consoliden y amplíen, sin esperar una violación a los derechos humanos, el *corpus iuris* interamericano, a través de la creación de estándares claros y vigorosos para la promoción, defensa y garantía de los derechos humanos en el hemisferio. A través de sus numerosas opiniones consultivas, la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre temas esenciales como lo son: tratados internacionales objeto de la función consultiva de la Corte; efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana; restricciones a la pena de muerte; propuesta de modificaciones a la Constitución Política de un Estado parte; colegiación obligatoria de periodistas; exigibilidad de rectificación o respuesta; hábeas corpus bajo suspensión de garantías judiciales en estados de emergencia; interpretación de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del art. 64 de la Convención; excepciones al agotamiento de los recursos internos; compatibilidad de un

proyecto de ley con la Convención; ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana establecidas en la Convención; responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención; informes de la Comisión Interamericana; derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal; condición jurídica y derechos de los migrantes; control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana, y el art. 55 de la Convención Americana.

A la fecha, la Corte IDH ha emitido veinte opiniones consultivas, seis fueron solicitadas por la CIDH, cuatro por Costa Rica, tres por Uruguay, dos por México y una, respectivamente, por Argentina, Colombia, Chile, Perú y Venezuela.

Cynthia Chanut Esperón

Corte Penal Internacional (CPI)

Tribunal internacional permanente creado por el Estatuto de Roma (1998) para el conocimiento de delitos que agravian a la humanidad. Constituye una expresión del derecho internacional penal, que a su turno establece los tipos penales que revisten aquella gravedad y afectan bienes jurídicos que interesan prioritariamente a la humanidad en su conjunto, y motivan y justifican la actuación punitiva de la comunidad de naciones.

La constitución de este ente jurisdiccional en el marco de la Organización de las Naciones Unidas tiene antecedentes en el siglo XIX, a partir del derecho internacional humanitario y de las iniciativas de Gustave Moynier para sancionar violaciones a la Convención de Ginebra y sus artículos adicionales. Al término de la Primera Guerra Mundial, los países vencedores en la contienda procuraron, sin éxito, el enjuiciamiento del ex *kaiser* Guillermo I, bajo el cargo de "delito supremo contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados". Holanda negó la extradición del inculpado. Posteriormente, el barón Descamps propuso la formación de una corte penal internacional, propuesta que apareció nuevamente, a propósito de la lucha internacional contra el terrorismo, a raíz del atentado contra el rey de Yugoslavia (Marsella, 1934). De esto provinieron dos proyectos de convenio (Ginebra, 1937), que no alcanzaron las ratificaciones necesarias para su vigencia.

En la circunstancia de la Segunda Guerra Mundial, los gobiernos asilados en Gran Bretaña y los líderes políticos de las más poderosas naciones aliadas replantearon la idea de crear un tribunal penal internacional para juzgar a los criminales de guerra nazis. Con este fundamento se integró el Tribunal de Núremberg, constituido por acuerdo del 8 de agosto de 1945 e integrado con jueces de Gran Bretaña, Estados Unidos, Unión Soviética y Francia. Actuó con base en un Estatuto que definió las conductas ilícitas determinantes de su competencia y emitió condenas a muerte y a privación de libertad. En el frente oriental despachó, para los mismos fines, el Tribunal de Tokio. En todos los casos se trataba de juzgar a *individuos* responsables de los crímenes materia de la competencia de estos tribunales. El enjuiciamiento de individuos —no de

Estados— figura entre los principios de derecho internacional penal acuñados por aquellos tribunales.

La comunidad internacional mantuvo viva la idea, largamente analizada, de instituir una jurisdicción penal permanente, por determinación de los Estados integrantes de la Organización de las Naciones Unidas, que ejerciera sus atribuciones a partir de uno o varios ordenamientos sustantivos, procesales y ejecutivos. En el curso de los trabajos conducentes al establecimiento de este órgano, las condiciones vinculadas a conflictos armados regionales determinaron la intervención del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para disponer tribunales especiales —acotados temporal, material y personalmente— a fin de conocer de las graves violaciones perpetradas en la ex Yugoslavia y en Ruanda.

Finalmente se emitió el Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado en Roma, el 17 de julio de 1998, por mayoría de votos de los Estados presentes en la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas. El Estatuto, en el que se acogen corrientes de diversa procedencia —derecho continental europeo y *Common Law*, sobre todo— regula la organización del tribunal: autoridades que lo componen (dieciocho magistrados, una Fiscalía y otras dependencias) y sus respectivas atribuciones; las normas de derecho penal material que recogen especificaciones sobre la responsabilidad penal y los tipos penales; previene el procedimiento a seguir desde la investigación de los hechos probablemente delictuosos (por parte de la Fiscalía *motu proprio*, a instancia del Consejo de Seguridad o por remisión de un Estado parte en el Estatuto) hasta la emisión de una sentencia, y establece reglas para la ejecución de penas, que incluye revisión y abreviación o reducción de sanciones.

Para la intervención de la Corte Penal se atiende al principio de subsidiariedad: corresponde a las jurisdicciones nacionales, ante todo y principalmente, la jurisdicción sobre los delitos contemplados en el Estatuto de Roma; la justicia internacional sólo actuará de manera complementaria cuando la nacional sea insuficiente, inoperante o indiferente. Los Estados partes en el Estatuto aceptan soberanamente la competencia de la CPI respecto a los crímenes sujetos a la competencia material de ésta. No existe cláusula facultativa en este ámbito, como la hay en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La competencia material de la CPI se integra con cuatro conceptos actuales y uno en proceso de elaboración. Aquéllos son: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra (arts. 5o. y siguientes) y delitos contra la administración de justicia cometidos con motivo del enjuiciamiento penal internacional (art. 70). A los tipos mencionados se agrega el crimen de agresión, cuya caracterización ha tropezado con problemas constantes. En la Conferencia de revisión del Estatuto (Kampala, 2010) se invocó la resolución 3314 (XIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 14 de diciembre de 1974, y la Conferencia "convino en calificar como agresión un crimen cometido por un líder político o militar que, por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas".

La CPI conoce de "casos" y "situaciones" en los que se plantea la posible existencia de delitos previstos en el Estatuto de Roma. Hasta septiembre

de 2013, cuatro Estados parte en el Estatuto de Roma habían remitido a la Fiscalía situaciones surgidas en sus respectivos territorios (Uganda, República Democrática del Congo, República Centroafricana y Mali). El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas había presentado situaciones correspondientes a Darfur, Sudán y Libia. La Corte había autorizado a la Fiscalía a iniciar investigaciones *motu proprio* en Kenia y en Costa de Marfil. El 14 de marzo de 2012 se dictó la primera sentencia de condena, Thomas Lubanga Dyilo (República Democrática del Congo), sentenciado a 14 años de prisión, al cabo de un procedimiento iniciado el 26 de enero de 2009.

México se abstuvo en la votación en Roma, en 1998, debido a incompatibilidades entre algunas disposiciones del Estatuto y diversas normas de nuestra Constitución Política. Después de diversas vicisitudes y debates, México suscribió el Estatuto (*ad referéndum*, el 7 de septiembre de 2000) y reformó la Constitución para integrarse en el sistema de derecho internacional penal. La controvertida fórmula adoptada para este efecto quedó en el artículo 21 constitucional: “El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”. Esto supone determinaciones casuísticas del Ejecutivo y del Senado, fórmula que oculta una limitación para el ejercicio de la competencia del tribunal internacional, que carece de sustento en el Estatuto de Roma y pudiera generar conflictos. En septiembre de 2013 aún no se disponía de ordenamientos o reformas a leyes nacionales que facilitaran la cabal implementación del Estatuto en forma consecuente con el principio de complementariedad y la aplicación de aquél.

Sergio García Ramírez

Cortes supremas (control político)

Ya no es novedad que los poderes judiciales en general, y en especial las cortes supremas de justicia o equivalentes, han adquirido alrededor del mundo una importancia política desconocida en los últimos 60 años (Tate y Vallinder, 1995). Un número importante de decisiones que antes estaban fuera de la esfera judicial, por ejemplo la resolución de controversias electorales o los reclamos por violaciones a derechos sociales, ahora se procesan por esta vía.

A esta tendencia se la denominó judicialización de la política (Sieder *et al.*, 2005), e incluso hubo quienes comenzaron a hablar de “juristocracia” (Hirschl, 2004) para hacer referencia al proceso por el cual se transfirieron facultades de la esfera de los poderes representativos a los poderes judiciales. Situación que redunda en la necesidad de “gobernar” sin poder obviar a los jueces (Shapiro y Stone Sweet, 2002). El fortalecimiento de las cortes supremas de justicia o cortes constitucionales, según el caso, ha tenido lugar en países tan diversos como Canadá, Italia, Sudáfrica, Egipto, Colombia o México; no obstante, en América Latina todavía quedan muchas asignaturas pendientes en materia de independencia judicial.

De la mano de este viraje en el rol de los poderes judiciales, disciplinas del campo de las ciencias sociales, en especial la ciencia política, se interesaron en la comprensión del rol que juegan los máximos tribunales en los procesos po-

líticos de los países, y, de manera cada vez más clara (por lo menos en América Latina), del rol que adquieren en la política internacional, por ejemplo en la política de derechos humanos (Ansolabehere, 2013).

En este marco se identifican tres formas de intervención de las cortes supremas en el espacio de la, política organizadas desde la más tradicional a la más novedosa y exigente:

a) Arbitraje para la resolución de conflictos entre poderes del Estado, sobre todo en los países federales para la resolución de los conflictos entre Federación y estados. Esta ha sido parte de la competencia originaria tradicionalmente asignada a los máximos tribunales, como puede observarse en la Constitución Argentina (art. 117), de los Estados Unidos de América (art. III, sección 2) o la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (art. 105).

b) Control de la discrecionalidad del poder político, a través de su facultad de control jurisdiccional de constitucionalidad, y más recientemente de convencionalidad, mediante la cual pueden dejar sin efecto total o parcialmente las decisiones del Poder Ejecutivo o Legislativo cuando considere que las mismas son opuestas a la Constitución o a los tratados internacionales que tengan rango constitucional.

A diferencia de la función de arbitraje que se otorgó históricamente, es a la extensión de esta facultad a la que refiere la literatura para dar cuenta de la extensión del poder de los poderes judiciales. Este rasgo, que se consideraba una característica distintiva de los Estados Unidos de América a principios del siglo XIX, desde mediados del siglo XX se ha extendido a países del más diverso tipo. En América Latina, por ejemplo, ésta ha sido una tendencia clara desde los años noventa; 12 países de los 20 de la región realizaron reformas constitucionales orientadas a ampliar el poder de revisión constitucional de los máximos tribunales, o bien crearon tribunales constitucionales específicos como es el caso de la Corte Constitucional de Colombia, creada en la Constitución de 1991 (Inclán e Inclán, 2005).

Adicionalmente, es interesante destacar que dados estos cambios en la región se observa una diversidad de tipos de control de constitucionalidad en la medida en que no todos los países adoptaron modalidades similares (Navia y Ríos, 2005).

c) Impulso de políticas públicas para proteger y garantizar derechos, fundamentalmente derechos sociales.

Esta función probablemente es la más novedosa en la articulación de la relación entre cortes supremas y política. Supone la propuesta de desarrollo de políticas públicas o de la modificación de éstas (tanto procedimentales como sustantivas) para resolver un conflicto determinado fundamentalmente en material de derechos. De acuerdo con ésta, las cortes supremas o constitucionales, además de arbitrar el conflicto entre poderes, o controlar la discrecionalidad política, podrían actuar como instancia propositiva para resolver omisiones de los poderes representativos. Los casos de la Corte Constitucional de la India, de Sudáfrica (Gauri y Brinks, 2008) o Brasil (Kapiszewski, 2012) son claros ejemplos de este tipo de intervenciones que implican nuevas formas de relación entre justicia y política en el mundo contemporáneo.

Esta última modalidad, íntimamente relacionada con el proceso de judicialización de las demandas por derechos humanos, de su justiciabilidad (Abramovich y Pautassi, 2009; Ferrajoli, 2003) traen aparejados nuevos dilemas en la relación entre justicia y política. Dilemas no sólo vinculados con la ya tradicional tensión entre constitucionalismo y democracia, sino también con la pertinencia y las consecuencias del activismo judicial pro-derechos, y el impacto real de este tipo de decisiones judiciales.

Karina Ansolabehere

Creación de derechos por el juez constitucional

Con estos términos se alude o hace referencia a la actividad que realizan los jueces constitucionales al sostener en sus sentencias criterios en los que afirman la existencia y/o tutela de algún derecho que no está recogido explícita, literal o expresamente en los textos legales, pero que derivan o desprenden de algún derecho de orden fundamental así expresado. Se trata, pues, de un concepto o, mejor dicho, fenómeno que tiene cabida en razón de las funciones que hoy se le reconocen a la función judicial y, más específicamente, aquellas que se le reconocen al juez constitucional; sobre todo en contraposición con la concepción que, desde la tradición francesa heredada desde hace varios siglos en el derecho iberoamericano, se tenía sobre el juzgador.

En efecto, conforme a esa tradición, el juez era "la boca de la ley" y correspondía a éste la tarea de concretar en un determinado caso la voluntad que el legislador había expresado en abstracto, a través de la emisión de leyes. Esta forma de concebir la función del juzgador, con motivo de múltiples cuestiones que no es el caso ahora abordar, ha venido cambiando, destacadamente, en las últimas décadas, de modo tal que ahora se reconoce que la función del juez no es nada más ser el "aplicador" de las leyes emitidas por otros, sino que se le reconocen ampliamente mayores o menores facultades interpretativas (según la materia de que se trate) junto con el deber de proteger los derechos de las personas, y además se le reconoce la potestad de juzgar las propias leyes que debe aplicar para resolver el caso sometido a su jurisdicción, ya sea para invalidarlas o inaplicarlas. El alcance y la forma en que estas facultades del juez deben realizarse es materia de amplio debate en la filosofía del derecho, la teoría política y entre escuelas interpretativas; resumidos muy generalizadamente en una dicotomía "activistas" *vs.* "conservadores".

En teoría, no se trata de que los jueces "creen" derechos, cual si antes fueran del todo inexistentes; más bien, esto es el resultado de que en ejercicio de su potestad interpretativa de la Constitución, al dotarle de contenido y alcance a través de la emisión de directrices de naturaleza dispositiva, su actividad supone una labor de configuración e integración normativa que va dotando de un sentido aproximado a las normas constitucionales abstractas, a través de la resolución de casos concretos. En este sentido, más que una labor creativa invasiva del Poder Legislativo, la tarea interpretativa implica una actividad creativa del juzgador que atribuye significado a las disposiciones constitucionales, de modo tal que de ese ejercicio pueden derivarse derechos

o subderechos que subyacen, aun cuando no abiertamente, en el texto constitucional (se trata de un tema no del todo pacífico, en tanto algunos se han manifestado en el sentido de que bajo la forma de "interpretación" jurídica se ha dado paso a un activismo judicial que asume más bien posiciones propiamente legislativas).

Precisamente porque la creación de derechos por el juez constitucional se hace en el dictado de sus sentencias, esto se traduce en la creación de normas individualizadas (como son las sentencias) cuya efectividad, más allá de las partes del juicio, está sujeta a las reglas de validez y obligatoriedad que para el precedente judicial estén establecidas. Así, por ejemplo, si se trata de interpretación realizada por la Suprema Corte de Justicia en acción de inconstitucionalidad, que obtuvo ocho votos, se tratará de un sentencia cuyos criterios interpretativos serán extensivos y exigibles por cualquier persona, dados los efectos "generales" que puede tener ese tipo de sentencias (art. 105 constitucional). En cambio, si se trata de un criterio interpretativo que ha sostenido un juez de distrito, así sea que lo haya hecho en múltiples sentencias, no podrá adquirir la calidad de ser un criterio vinculante para el resto de los tribunales u operadores jurídicos (véase la legislación de amparo en cuanto a la obligatoriedad de la jurisprudencia). De hecho, en México es tan reglado el tema de la obligatoriedad de los criterios judiciales, que el debate en torno a si es fuente formal o no de derecho está en gran parte sofocado de origen por especificarlo la ley; de modo que algunos criterios pueden llegar a considerarse prácticamente como "ley" por su obligatoriedad, y otros tan sólo como precedentes judiciales orientadores para quien los quisiera considerar.

Por otra parte, la creación de derechos por los jueces constitucionales en la gran mayoría de los casos se da en un contexto litigioso concreto (salvo cuando es en acción de inconstitucionalidad, por ser un medio de control abstracto); los criterios judiciales que así pueden caracterizarse tienen una "sombra", siguiendo la terminología de López Medina (López Medina, 2006), o ámbito de aplicación estrecho; pues, idealmente, tendría que verificarse para su eventual invocación o aplicación la recurrencia de las mismas o asemejables condiciones normativas y de *facto*. En este sentido, la creación de derechos por el juez constitucional tiene una variación muy importante, prácticamente insalvable, con la actividad que se realiza por los órganos legislativos y que permite diferenciarlas de modo muy contundente.

La arraigada práctica mexicana de que se elaboren "tesis" de jurisprudencia a partir de las consideraciones sostenidas en las sentencias, y el que éstas sean, por protocolo (véase el Acuerdo General Plenario de la Suprema Corte 5/2003 que regula la elaboración de tesis), elaboradas a modo de *una abstracción del criterio*, por sí misma descontextualizada del resto del caso del que provienen y elaborada en términos conceptuales (en oposición a sobre problemáticas específicas) coadyuva a desdibujar las diferencias entre esta actividad jurisdiccional y la actividad propiamente legislativa, y no comunica bien la naturaleza del precedente judicial (Magaloni, A. L., 2011); suscita incluso debates en torno a la posibilidad de aplicar retroactivamente los criterios judiciales (al respecto pueden verse las tesis P./J. 145/2000, "Jurisprudencia. Su aplicación no viola la garantía de irretroactividad de la ley", y 2a. XIV/2002,

de rubro "Jurisprudencia. Los nuevos criterios son aplicables a los casos aún no decididos por el órgano jurisdiccional competente".

Finalmente, es importante distinguir este concepto del diverso de "creación judicial del derecho" (en inglés, *judge made law*) en tanto que con este último generalmente se hace referencia a los sistemas jurídicos de corte sajón o de *Common Law*, en los que no prevalece un sistema de leyes escritas, como en los sistemas romános como el nuestro, sino que su cuerpo normativo se conforma con el cúmulo histórico de los precedentes judiciales, y con base también en el sistema de *stare decisis* o vinculatoriedad del precedente característico del mismo.

María Amparo Hernández Chong Cuy

Crímenes internacionales

Si bien la doctrina internacional no cuenta con una definición clara y consensada sobre cuáles pueden considerarse crímenes internacionales, es posible afirmar que son aquellos actos u omisiones que han sido reconocidos por el derecho internacional como antijurídicos y que por su importancia y trascendencia para la humanidad, su sanción no puede quedar de manera exclusiva y arbitraria a la jurisdicción exclusiva de los Estados.

Mucho se ha cuestionado sobre cuáles constituyen las características que hacen que los crímenes alcancen el carácter de internacional; sin embargo, es posible afirmar que adquieren dicho carácter debido a que su brutalidad e inhumanidad alcanzan a afectar la conciencia de la comunidad internacional y, por tanto, de la humanidad en su conjunto.

Siguiendo a Antonio Cassese, existen cuatro elementos que determinan el carácter internacional de un crimen: 1) la existencia de responsabilidad penal internacional a nivel individual; 2) la norma que lo proscribe debe ser de carácter internacional y proteger valores considerados por toda la comunidad internacional; 3) debe ser sancionable, independientemente de que las normas estatales lo tipifiquen como delito, y 4) en caso de que el perpetrador haya actuado en una capacidad oficial como parte de un Estado, no debe existir la posibilidad de otorgar inmunidad.

En la actualidad se considera como *ius cogens* la proscripción internacional de los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el crimen de agresión y el genocidio, como crímenes internacionales. Sin embargo, existe una fuerte tendencia doctrinaria para considerar también en esta categoría al terrorismo, la tortura, la esclavitud, la desaparición forzada, la piratería y las ejecuciones extrajudiciales.

Lo anterior encuentra sustento en el derecho internacional consuetudinario, los tratados internacionales que han sido ratificados por la gran mayoría de los Estados, la *opinio juris* que refleja el reconocimiento de dichas conductas como antijurídicas en el ámbito internacional y, por último, en las decisiones y sentencias de tribunales internacionales.

Cada uno de los crímenes enumerados debe ser explicado de manera individualizada para entender su evolución histórica dentro del derecho internacional y las características que lo convierten en *obligatio erga omnes*.

a) *Crímenes de guerra*. Son las violaciones serias a las normas consuetudinarias o convencionales del derecho internacional humanitario, incluyendo las violaciones a las convenciones de Ginebra adoptadas entre 1864 y 1949, las cuales se pueden presentar en el marco de conflictos armados internacionales y no internacionales.

La doctrina internacional ha considerado que una violación seria a las normas de derecho internacional humanitario implica que la conducta pone en peligro a las personas u objetos protegidos por las convenciones de Ginebra o son contrarios a valores de gran relevancia. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, para que una violación sea seria ésta debe constituir una infracción a una norma que protege valores importantes y debe implicar consecuencias graves para la víctima.

Siguiendo el Estatuto de Roma en su art. 8o., sin dejar de reconocer que la doctrina internacional lo considera como una guía muy importante en materia de derecho internacional pero no la única fuente, en las conductas subyacentes de los crímenes de guerra pueden ser: el homicidio intencional; la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud; la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente; el hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una potencia enemiga; el hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente; la deportación o el traslado ilegal o el confinamiento ilegal, y la toma de rehenes.

b) *Crímenes de lesa humanidad*. Los también llamados *crímenes contra la humanidad* son todos aquellos actos cometidos como parte de un ataque sistemático y generalizado contra una población civil, con el conocimiento de dicho ataque. El catálogo de actos subyacentes de cuya actualización depende la existencia de un crimen de lesa humanidad ha variado históricamente y de acuerdo a los tribunales internacionales que han investigado y perseguido este tipo de crímenes.

Siguiendo el Estatuto de Roma en su art. 7o., los actos subyacentes del crimen de lesa humanidad pueden ser el homicidio; el exterminio; la esclavitud; la deportación o traslado forzoso de población; encarcelamiento o privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia, fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; desaparición forzada de personas; el *apartheid* u otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o salud mental.

c) *Crimen de agresión*. Históricamente, el crimen de agresión es uno de los más antiguos, ya que implica el quebrantamiento de la paz y el orden internacional. En los tribunales de Núremberg y Tokio, constituidos al término de la Segunda Guerra Mundial, el crimen de agresión jugó un papel muy relevante; sin embargo, a la fecha no ha existido un nuevo juicio internacional en el que se determine la responsabilidad penal de algún individuo por dicho crimen.

La Corte Penal Internacional señala su competencia por el crimen de agresión, sin embargo establece una cláusula de reserva para su entrada en vigor y reserva sobre su definición. En la Conferencia de Kampala, Uganda, celebrada en 2010, los Estados parte discutieron sobre la definición y entrada en vigor de dicho crimen como parte de la jurisdicción de la Corte. Se resolvió adicionar el art. 8o. bis al Estatuto de Roma, el cual señala que se entiende por agresión la planeación, comisión, iniciación o ejecución de un acto de agresión que por su gravedad y escala constituye una violación manifiesta a la Carta de las Naciones Unidas, por parte de una persona en una posición de control efectivo o dirija la acción política o militar de un Estado, destacando que su entrada en vigor se encuentra pendiente de la ratificación por parte de los Estados miembro.

d) *Genocidio*. Es la destrucción total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial o religioso de manera intencional. Tanto el art. 2o. de la Convención para Prevenir y Sancionar el Genocidio como el art. 6o. del Estatuto de Roma señalan como actos que pueden constituir el acto subyacente en la comisión del delito de genocidio la matanza de los miembros del grupo; lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo, o traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Ricardo Sánchez Pérez del Pozo

Criterio de presunción de constitucionalidad de la ley

El criterio de presunción de constitucionalidad de la ley se ha convertido en uno de los más relevantes de la creación jurisprudencial de los órganos que ejercen el control de constitucionalidad. Ese favor *legis* implica que se otorga una confianza al legislador en la observancia e interpretación correcta de los principios constitucionales; que una ley sólo puede ser declarada inconstitucional cuando su contradicción con la carta magna es muy evidente y no deja lugar a la "duda razonable"; y que cuando una ley esté redactada en términos tan amplios como para que pueda derivar de ella una interpretación inconstitucional habrá que presumir, cuando ello sea posible, que el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que se deberá aplicar dicha ley es precisamente la que permita mantenerla dentro de los límites constitucionales (Eduardo García de Enterría, 1981).

En conexión con lo anterior, conviene advertir que la esencia de ese proceder fue desglosada y precisada en un artículo clásico de James Bradley Thayer ("The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", 7

Harvard Law Review, núm. 129, 1893), en el cual se consideraba que el juez no debe invalidar todas las leyes que considere inconstitucionales, sino sólo aquellas que sean "tan evidentes como para no dejar lugar a la duda razonable".

Antes de continuar parece oportuno hacer alusión a los principales argumentos que se suelen dar para justificar que la ley se presuma constitucional.

En primer lugar, se ha dicho que el juez constitucional debe partir de la idea de que el legislador actúa de conformidad con la Constitución. Hasta cierto punto se ha sostenido que cuando el órgano legislativo se encuentra en la necesidad de elaborar una disposición normativa toma en cuenta los postulados inspiradores del conjunto normativo, realizando su función dentro de los límites constitucionales y ajustando la ley a los parámetros establecidos por la Constitución. Por ello, el juez constitucional debe partir de una actitud de confianza hacia el legislador.

En segundo lugar, se ha argumentado que se recurre a este criterio para huir del mentado *horror vacui* que genera la disposición en caso de ser anulada. Esta idea se eleva como particularmente útil sobre todo si se tiene en cuenta que la eliminación definitiva de una disposición es un suceso muy grave que, incluso, puede originar una situación de mayor inconstitucionalidad en la solución práctica de los problemas que la ley invalidada regulaba (Gustavo Zagrebelsky, 1977). Ello por las graves consecuencias que el vacío puede producir, especialmente si el legislador no se preocupa de colmarlo rápidamente con nuevas leyes a las que pueda atribuírseles un significado conforme con los dictámenes constitucionales (Girolamo Monteleone, 1984). La verdad es que problemas de este tipo no se pueden resolver desde un plano meramente teórico, prescindiendo completamente de la experiencia y del conocimiento de datos realmente esenciales, como el tiempo necesario para que se agote el *inter* legislativo o las consecuencias probables de una larga carencia de normas sobre una determinada materia. De ahí que la preocupación por evitar los "vacíos legislativos" o "lagunas" no sea meramente doctrinal, sino que ha estado siempre presente, en mayor o menor grado, en la jurisprudencial de los tribunales o cortes constitucionales (Aldo Maria Sandulli, desde 1967, ya evidenciaba esta problemática).

En tercer lugar, se ha señalado que el juez que tiene que resolver un juicio de constitucionalidad corre el riesgo de equivocarse. Por una parte, puede ocurrir que invalide una ley que tras una reflexión más profunda, a la luz de nuevos datos y argumentos, aparece como perfectamente constitucional. Por otra parte, puede suceder que declare válida una ley que en verdad es inconstitucional, como puede aparecer tras una mayor reflexión.

El riesgo de error se produce en las dos direcciones; sin embargo, en los sistemas de justicia constitucional donde existe control abstracto, el juez constitucional debe presumir la validez de la ley porque es más fácil corregir en el futuro el error consistente en declarar constitucional una disposición legal que en realidad es inconstitucional (Javier Jiménez Campo, 1995). En cambio, el error opuesto, el de declarar inválida una ley que en realidad es válida, es más problemático. Y ello porque la disposición, que ha sido invalidada con efectos *erga omnes*, al ya no formar parte del ordenamiento jurídico, no puede dar origen a que se inicie un nuevo proceso para lograr que sea

declarada conforme con la Constitución. Por el contrario, en sistemas de justicia constitucional donde existe el control concreto, el error de declarar inconstitucional una ley que en realidad es constitucional es menos problemático, porque los propios jueces, al decidir un nuevo caso, pueden revocar su propio precedente en el que declararon inconstitucional una ley, con lo que la ley recobra su aplicación. El precedente no supuso la expulsión de la ley del ordenamiento, sino sólo su falta de aplicación a un caso particular y, tomando en cuenta la doctrina del *stare decisis*, su inaplicación a los demás casos que fueran similares.

El primero de los argumentos mencionado se apoya en la noción de que el control jurisdiccional de la ley debe llevarse a cabo bajo la presunción de constitucionalidad de la misma, dada su génesis democrática; el segundo se basa en una exigencia práctica: intentar en la medida de lo posible huir del vacío que se provoca cuando una disposición normativa es declarada invalida; mientras que el tercero está relacionado con la necesidad de facilitar la corrección de errores, que implica que en caso de duda acerca de la constitucionalidad de una ley, el tribunal presuma su validez, pues de este modo los posibles errores que él cometa podrán corregirse posteriormente y con una mayor facilidad.

El hecho de que la ley se beneficie de una presunción de constitucionalidad impone a quien sostiene que ésta es inconstitucional la carga de argumentar convincentemente que se da una incompatibilidad entre la norma que ese texto enuncia y el sistema de normas que el texto constitucional expresa, lo que se traduce en que sólo cuando existen suficientes razones en contra de la ley, el juez puede invalidarla. En palabras más técnico-procesales, la carga de la prueba corre a cargo del que demanda. De este modo se aplica un criterio normal de derecho procesal, cuya justificación extraprocesal radica en la necesidad de conservar el derecho y en el absurdo que supondría partir de la hipótesis opuesta: considerar que toda disposición normativa impugnada es inconstitucional.

Hay que recalcar que la presunción que juega a su favor la ley no equivale a decaimiento en la exigencia de su estricta constitucionalidad, ya que es evidente que la misión del órgano de control constitucional en cierta medida supone enjuiciar al Poder Legislativo, pero la esencia de tal control reside en la constitucionalidad apreciada jurídicamente de la actuación del legislador, el cual puede adoptar cualquier resolución, pero siempre dentro del marco constitucional.

También es imprescindible mencionar que la fuerza de la presunción de constitucionalidad de la ley puede variar de un ordenamiento jurídico a otro. Por ejemplo, existen sistemas de control de constitucionalidad en los que no se ha introducido una presunción de constitucionalidad de la ley débil o moderada. Ello se hace patente en la regla con la que en el seno de los órganos jurisdiccionales se decide acerca de la constitucionalidad de una disposición de conformidad con una mayoría simple. Por el contrario, en los sistemas de control de constitucionalidad en los que se exigen mayorías calificadas o reforzadas, según sea el caso, se ha incorporado una presunción de constitucionalidad de los productos legislativos fuerte.

Finalmente, otro elemento que hay que tener en cuenta es la regla que establece que en caso de empate en la decisión de un tribunal, decidirá el voto de su presidente. El hecho de que no se consagre un principio a favor de la constitucionalidad de la ley en caso de que la deliberación del tribunal no haya sido mayoritaria, y que por el contrario con el voto del presidente se deshaga el empate en los procesos de control de la ley, es una forma de comprobar que en esos ordenamientos jurídicos no se ha querido reconocer a la ley una amplia presunción de constitucionalidad.

Giovanni A. Figueroa Mejía

Cuestión de inconstitucionalidad local (México)

Cuando el órgano jurisdiccional considere que tiene que aplicar en el curso del proceso una norma con rango de ley de cuya constitucionalidad duda, y que no tenga la facultad para dejar de aplicarla, entonces existe un mecanismo de control que permite que el juez ordinario y el juez constitucional se coordinen: la cuestión de inconstitucionalidad. Esto es, si a un juez o tribunal local le surgen dudas sobre la constitucionalidad de la normativa que debe aplicar a un proceso que esté conociendo, entonces planteará, ante el órgano encargado del control de constitucionalidad local, una petición para que éste le indique el sentido que la disposición normativa debe tener (Edgar Corzo Sosa, 2000). En consecuencia, en el supuesto descrito, existe un monopolio del rechazo en caso de constatarse la inconstitucionalidad de una norma.

En cuatro entidades federativas mexicanas está contemplado este mecanismo de tutela constitucional: Veracruz, Chiapas, Coahuila y Nayarit. Sin embargo, sólo en Veracruz, Coahuila y Nayarit se ha incorporado en sus respectivas leyes de control constitucional, por ello únicamente me centraré en estos tres estados.

En cuanto al objeto de control, en Veracruz se reconoce capacidad interpretativa a los jueces ordinarios, pero se deja a la Sala Constitucional la competencia para que se pronuncie sobre la constitucionalidad de una ley local. Para activar el funcionamiento de la citada Sala se requiere que los magistrados de las demás salas, jueces de tribunales o juzgados de la entidad, eleven la cuestión ante ésta. Por tanto, dicha facultad no podrá, en ningún caso, ser empleada por los particulares. También se señala que las peticiones de las salas, tribunales y jueces del estado tendrán efectos suspensivos y deberán ser desahogadas en un plazo no mayor de treinta días naturales.

También se contempla que se puede desechar de plano la cuestión cuando se advierta, de manera manifiesta, que la norma impugnada no tiene trascendencia en el proceso que ha motivado su planteamiento.

En Veracruz se establecen, de manera descriptiva, las características del proceso constitucional que debe ser seguido en la primera fase ante el juez *a quo*, que es la propiamente incidental: *a)* un juicio y una autoridad jurisdiccional; *b)* la no manifiesta falta de fundamento, y *c)* la relevancia. A éstos se agrega un elemento de origen jurisprudencial que es la interpretación adecuadora de la disposición al significado ya establecido por la Constitución. Asimismo,

se señalan aquellos elementos que entran en la segunda fase, que es seguida ante el tribunal, con la cual se instaura un juicio autónomo y principal, con vínculos más o menos estrechos con el caso concreto.

En Coahuila se ha regulado la cuestión de inconstitucionalidad en la Ley de Justicia Constitucional local, aun cuando este instituto no estaba previsto por la Constitución de ese estado. Al efecto, en su art. 67 se señala que la cuestión se promoverá "por las partes en un juicio, por el juez que conoce del asunto o cuando el pleno del Tribunal Superior de Justicia ejerza su facultad de atracción, siempre que la duda de inconstitucionalidad de la ley implique…".

Hay que destacar que la legislación de Coahuila establece que las partes legitimadas podrán presentarse para interponer la cuestión, ante el juez o tribunal que conozca del asunto, hasta antes de que se dicte fallo definitivo. De esta forma, y teniendo presente que la cuestión de inconstitucionalidad debe estar concebida como un procedimiento que impida que el juez dicte sentencia aplicando una norma de cuya constitucionalidad duda, el planteamiento de la sentencia sólo cobra sentido en el momento anterior a dictar sentencia, antes de aplicar la norma que el juez considere que puede ser inconstitucional, porque sólo en este momento podrá justificar la aplicabilidad y relevancia de la misma, al haber despejado los posibles obstáculos procesales que condicionan la verificación de esas dos condiciones.

No obstante lo anterior, la legislación de Coahuila no incluye de manera expresa, como sí lo hace la de Veracruz, el elemento que debe ser considerado como indispensable para promover la cuestión: que la validez de la norma con rango de ley sea determinante para dictar el fallo.

Por su parte, en Nayarit se establece que la cuestión puede ser elevada a la Sala Constitucional-Electoral por alguna de las partes en el juicio, expresando los argumentos del por qué estima inconstitucional la ley cuestionada; o bien por el mismo órgano jurisdiccional que está conociendo de un asunto; incluso este mecanismo lo puede utilizar cualquier autoridad u organismo autónomo siempre y cuando —al igual que Veracruz— la ley sea determinante para la validez de la resolución, y tratándose de autoridad jurisdiccional la consulta se convierte en obligatoria cuando consideren que la ley puede ser contraria a la Constitución local.

Como se sabe, en Coahuila existe un control difuso de constitucionalidad, a través del cual todo juez ordinario (de oficio o a petición de parte) puede declarar la inaplicabilidad de una norma o acto que considere contrario a la Constitución local, existiendo una revisión ante el Pleno del Tribunal. Por tanto, en este estado no debió incluirse la cuestión de inconstitucionalidad, pues en él ya estaba reconocida la plena participación de todos los jueces locales en el control de constitucionalidad de las normas.

La cuestión de inconstitucionalidad en Veracruz, por su propia naturaleza, puede ser promovida por las salas del Tribunal Superior de Justicia (con excepción de la Sala Constitucional), tribunales y jueces del estado. En cambio, en Coahuila se promoverán por las partes de un juicio; por el juez que conoce del asunto; por el pleno del Tribunal Superior de Justicia cuando ejerza su facultad de atracción, siempre que la duda de inconstitucionalidad de la ley

implique la interpretación constitucional de un caso trascendental o sobresaliente a juicio de éste; o también en los de revisión de oficio de la declaración de inaplicación de la ley por parte de un juez; o bien la duda de constitucionalidad de una norma por parte de una autoridad diferente a la judicial.

En Coahuila este tipo de mecanismo, que tiene una naturaleza concreta, al tutelar derechos subjetivos, puede ser promovido por los particulares afectados en el juicio. Sin embargo, creemos indispensable precisar que los particulares sólo podrán plantear la cuestión ante el juez que conoce del asunto para que éste a su vez lo promueva ante el Pleno del Tribunal; pero lo que no se admite es que las partes directamente planteen la cuestión ante este último órgano jurisdiccional. En Veracruz, en cambio, no se les otorga esta facultad a los particulares.

En Veracruz no se precisa de manera clara cuáles serán los efectos que tendrá la respuesta que la Sala Constitucional dé a las peticiones sobre las dudas de constitucionalidad que planteen las salas penales, civiles, la Sala Electoral y la de Responsabilidad Juvenil, así como los tribunales y jueces del estado. Lo único que se indica es que la Sala Constitucional tendrá la facultad de desechar de plano las peticiones, cuando se advierta de manera manifiesta que no tiene trascendencia en el proceso ante el juez *a quo*.

En el caso de Coahuila y Nayarit se establece que si el Pleno del Tribunal Superior de Justicia o la Sala Constitucional, respectivamente, determina la invalidez o validez de la ley, el juez o tribunal se deberá ajustar a dichas consideraciones para dictar su resolución.

Giovanni A. Figueroa Mejía

Cumplimiento de recomendaciones

Una de las objeciones más reiteradas por lo que respecta a la actividad del *Ombudsman* es el carácter no obligatorio o imperativo de las recomendaciones de las comisiones públicas de derechos humanos. Esta objeción generalmente se complementa con la propuesta de que dichas recomendaciones se conviertan en vinculantes para las autoridades a las cuales se dirigen, lo que sólo revela el desconocimiento de la institución del *Ombudsman*.

Al respecto, en un primer plano debe señalarse que el carácter no vinculante u obligatorio de las recomendaciones no es sólo una característica peculiar de los organismos no jurisdiccionales de protección de derechos humanos establecidos en nuestro ordenamiento nacional, sino que corresponde a la esencia de las funciones de todos aquellos organismos que se inspiran en el modelo escandinavo del *Ombudsman*, y también de algunos de carácter internacional que carecen de funciones jurisdiccionales, pero que deciden sobre las reclamaciones interpuestas por los afectados por las violaciones de sus derechos fundamentales. En efecto, la finalidad de estas resoluciones es reparar de manera inmediata las violaciones a los derechos de los administrados, sin las dilaciones y formalidades de los procesos jurisdiccionales, como un apoyo a los agobiados tribunales y sin la pretensión de sustituir a estos últimos en su función final y definitiva de la tutela de los propios derechos.

Si de manera diferente se otorgara a las recomendaciones de los citados organismos no jurisdiccionales de carácter imperativo, éstos se transformarían en verdaderos tribunales, que estarían sujetos a los lineamientos de los procesos judiciales, con lo cual exigiría un conjunto de procedimientos que conllevan más trámites y se perderían los aspectos favorables de la solución preventiva y expedita de conflictos de naturaleza administrativa, que es lo que ha otorgado prestigio universal a los organismos que han seguido directa o indirectamente el modelo del *Ombudsman*. Con justa razón se ha denominado a estos organismos como "magistratura de opinión".

Además, debe tomarse en consideración que en la práctica de las actividades de los citados organismos no jurisdiccionales, uno de los aspectos más positivos que se desprenden de sus informes es el señalamiento de que un número muy importante de quejas y reclamaciones se resuelve rápidamente por medio de acuerdos entre los servidores públicos de dichos organismos con las autoridades responsables, por amable composición, que con bastante frecuencia resuelven voluntariamente las inconformidades de los afectados, lo que no se produce en el ámbito jurisdiccional, si se toma en cuenta que los procedimientos de conciliación tienen efectos positivos muy limitados ante los tribunales.

Para dilucidar este problema, es preciso determinar la naturaleza jurídica de las propias recomendaciones, ya que el verbo recomendar no significa una simple súplica, un ruego o una exhortación, pero tampoco una orden o un mandato, sino una petición, propuesta o solicitud para que la autoridad a la que se dirige y a quien se imputa la infracción realice la conducta necesaria con el fin de reparar la violación de los derechos del o de los afectados.

Por tanto, las recomendaciones pueden observarse desde dos enfoques. En primer término, ya se ha dicho que no son obligatorias para las autoridades respectivas, y por ello, como lo establece expresamente el art. 46 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que incorpora un principio general aplicable a todos los organismos no jurisdiccionales, no podrán por sí mismas anular, modificar o dejar sin efecto las resoluciones o actos contra los cuales se hubiese presentado la queja o denuncia. Desde otra perspectiva, las recomendaciones no son inocuas o carecen de efectos, ya que tienen carácter público, pues además de notificarse a los interesados, se dan a conocer a los medios de comunicación y también a los órganos del poder público de mayor jerarquía por conducto de los informes periódicos. No son simples sugerencias o insinuaciones a la autoridad responsable, sino que constituyen verdaderos títulos jurídicos.

Finalmente, debe recordarse que *si la recomendación es aceptada por la autoridad respectiva, adquiere carácter obligatorio o imperativo* para la misma autoridad, pues expresa su voluntad de cumplirla, y con ello el organismo no jurisdiccional que la emite tiene la facultad de vigilar su cumplimiento y la propia autoridad debe demostrar con las pruebas necesarias que ha ejecutado la misma, dentro de un plazo que puede ampliarse de acuerdo con la naturaleza de la situación, como lo señala, también de acuerdo con un principio general, el art. 47 de la Ley de la Comisión Nacional. Pero aun en el caso de aceptación, el organismo que expide la recomendación no tiene atribuciones, en caso de

incumplimiento total o parcial, de ejecutarla coactivamente, lo que significa que si bien una recomendación aceptada es obligatoria, carece de carácter ejecutivo. Debe tomarse en cuenta que en los supuestos de incumplimiento o de no aceptación de las recomendaciones, aun cuando los organismos no jurisdiccionales no pueden imponer la conducta recomendada, además de la presión de los medios de comunicación, los informes periódicos ante los órganos de mayor jerarquía tienen el objeto de que estos últimos puedan exigir las responsabilidades correspondientes.

Ha resultado muy provechosa la existencia de *recomendaciones generales*, que establece el art. 140 del Reglamento Interno de la CNDH, con fundamento en el art. 6o., frac. VIII, de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que tienen el propósito de promover ante las autoridades responsables el cambio o modificación de conductas reiteradas que llevan consigo violaciones a los derechos humanos; dichas recomendaciones generales son aprobadas por el Consejo Consultivo de la CNDH y publicadas en la *Gaceta* de la Comisión y en el *Diario Oficial de la Federación.* Estas recomendaciones no requieren de la aceptación de las autoridades a las que van dirigidas.

Por último debemos destacar que fue muy importante la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, que adicionó este texto al art. 102, apartado B, segundo párrafo, de nuestra carta magna: "Todo servidor público está obligado a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos. Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o servidores públicos, éstos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa; además, la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Permanente, o las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda, podrán llamar, a solicitud de estos organismos, a las autoridades o servidores públicos responsables para que comparezcan ante dichos órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa".

José Luis Soberanes Fernández

Cuotas de género en el ejercicio de derechos políticos

Las cuotas de género son medidas orientadas a establecer una presencia mínima (número o porcentaje) de mujeres en posiciones políticas. Constituyen una forma de acción afirmativa para superar obstáculos sociales y culturales que inhiben la participación política de las mujeres en igualdad de condiciones frente a los hombres, tradicionalmente usadas en los Parlamentos. Su naturaleza es temporal, pues están diseñadas para existir sólo en tanto subsista la asimetría de género; es decir, los niveles de subrepresentación que les dan origen.

Desde su aparición han enfrentado dos tipos de oposición. Una vertiente de crítica las considera discriminatorias contra la participación política de los varones. La segunda, cuestiona la imposición de una restricción a la libertad de sufragio de los ciudadanos. No obstante, poco a poco las cuotas de género han logrado reducir ambas oposiciones para su incorporación a las legislaciones nacionales y subnacionales. En efecto, la Comisión Europea para la

Democracia a través del Derecho del Consejo de Europa las considera como una práctica válida para la efectividad de los mecanismos de participación de sectores desprotegidos. En ese sentido, el código de buenas prácticas de dicha Comisión es claro en señalar que cuando las cuotas de género tienen base constitucional no son contrarias a la igualdad del sufragio.

Previo a la adopción de las cuotas de género, se consideraba suficiente la *equidad competitiva* que eliminó restricciones del voto de la mujer y su participación en los órganos políticos con base en una inicial expansión del principio de equidad. Sin embargo, ese reconocimiento formal no logró por sí solo disminuir la subrepresentación política de la mujer. Esa visión clásica del principio de equidad se mantuvo vigente la mayor parte del siglo XX, hasta que la presión de grupos feministas fue abriendo paso a una nueva noción: la *equidad de resultados*.

Este concepto se refiere a que todas y todos por igual tienen asegurado y garantizado el ejercicio del derecho de que se trate. Toma en cuenta las diferencias y problemas sustanciales, y para remediarlos propone una serie de tratos diferenciados o medidas compensatorias que, como las cuotas de género, tienen como fin conseguir el goce real del derecho para los grupos vulnerables o tradicionalmente discriminados.

Con esa evolución conceptual sobre la equidad se materializa la perspectiva de igualdad como un derecho distributivo. Es decir mediante la adopción de políticas públicas específicas encaminadas a que las mujeres logren niveles equivalentes a los varones en el acceso a cargos de elección y en los porcentajes de representación política.

Si bien existen cuotas de género adoptadas voluntariamente por algunos partidos desde la década de 1970, Argentina fue el primer país del mundo en incorporar las cuotas en su legislación nacional en 1991, mediante la Ley 24.012, "Ley del Cupo Femenino", haciéndolas con ello obligatorias para todos los partidos políticos.

Para 1995, los 189 Estados miembros de las Naciones Unidas unánimemente firmaron la Declaración y Plataforma para la Acción de Beijing, con el propósito de facilitar la participación y el acceso igualitario de las mujeres a los puestos de decisión política. A partir de entonces, las diversas naciones han implementado el uso de cuotas de género en sus legislaciones.

I. Tipos de cuotas de género. A fin de distinguir las prácticas pro-género de algunos institutos políticos (cuotas voluntarias) de aquellas acciones afirmativas contempladas por los Estados, cuando las cuotas están previstas en una norma se les denomina cuotas obligatorias. Éstas pueden ser aplicadas durante el proceso de nominación, de manera que constriña a los partidos a postular mujeres en sus listas de candidaturas en una determinada proporción. En estos casos, algunas legislaciones permiten que las mujeres sean postuladas en lugares poco favorables de la lista, mientras que otras más ambiciosas buscan generar mayores equilibrios. Las más estrictas, por ejemplo, obligan a intercalar hombres y mujeres a lo largo de las listas de candidaturas de representación proporcional, a partir del respeto más amplio a los principios de paridad, alternancia y no discriminación. Las cuotas obligatorias pueden estar plasmadas en una norma constitucional o legal.

a) *Cuota de escaños reservados*: se definen así los espacios de representación que sólo podrán ser ocupados exclusivamente por mujeres. Generalmente se han aplicado en Asia y África. Un precursor de este modelo fue implementado en Paquistán en los años cincuenta, donde las mujeres votaban únicamente por las mujeres que ocuparían un escaño reservado.

b) *Leyes cuota*: son mecanismos que modifican el sistema electoral al exigir cierto porcentaje de candidaturas ocupadas por mujeres. Este sistema, iniciado en Argentina (1991), es el que más se ha extendido en la práctica.

c) *Cuotas en partidos políticos*: es otra manera de llamar a las cuotas voluntarias. La medida no busca necesariamente un umbral específico en los órganos de representación del Estado. En efecto, su ámbito de aplicación puede ser dual: reservar determinados espacios en las dirigencias partidistas para la composición equilibrada de los órganos internos, o bien, bajo los principios de autodeterminación y auto-organización, determinar un número o porcentaje de candidaturas en las postulaciones a puestos de elección popular. Estos mecanismos fueron implementados originalmente en la década de los años setenta en los partidos de izquierda de Europa occidental.

d) *Cuotas de resultados*: es fijado un número determinado de escaños o porcentaje de la representación para ser ocupado por mujeres. En esta categoría caben diversas modalidades. Se pueden hacer distritos específicos (o circunscripciones) para mujeres, de manera que sólo sean designadas mujeres en esos ámbitos geográficos; o bien hacer compensaciones a la sobrerrepresentación de hombres y sustituirlos por mujeres que hayan participado en la elección a efecto de garantizar el número o porcentaje de escaños reservados para mujeres.

Una modalidad de la anterior es el sistema de mejor perdedor, el cual va asignando escaños a aquellas mujeres que recibieron el mayor número de votos (sin haber ganado), hasta obtener el número establecido por la cuota.

e) *Cuotas horizontales y transversales*: las horizontales exigen la elección o postulación de un número o porcentaje de candidaturas, tomando en cuenta el número total de un mismo cargo de elección (presidentes municipales, diputados, senadores). El enfoque vertical consiste en que respecto a los cargos que se eligen por planilla también debe obligarse la aplicación del principio de equidad y alternancia entre el hombre y la mujer en orden descendente (si la primera candidatura en la planilla es ocupada por una mujer, la segunda será para un hombre y así sucesivamente).

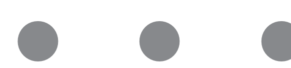
II. Excepciones a las cuotas de género. Un caso atípico en la incorporación de cuotas de género a las legislaciones nacionales es el mexicano. La acción afirmativa por muchos años permitió que las cuotas se incumplieran cuando las candidaturas de mayoría relativa surgieran de procesos democráticos de elección al interior de los partidos. Esto hizo en los hechos nugatorio el propósito buscado por la norma, puesto que los partidos encontraron un salvoconducto para postular de manera arbitraria al número de mujeres que determinaban sus dirigencias con independencia de si se cubría o no la cuota de género. En la actualidad, gracias a la interpretación jurisdiccional del tribunal electoral, las cuotas de género ya no son sujetas de excepción; es decir, los partidos tienen que cumplir con el 40% de candidatas mujeres y también con

la alternancia en la integración de las listas de candidatos de representación proporcional. Tampoco es posible postular candidatas propietarias mujeres y suplentes hombres, a efecto de evitar que una vez en el ejercicio del cargo, se les presione a renunciar o sean sustituidas por sus suplentes.

III. Efectos de los sistemas electorales en las cuotas de género. Es mayor la efectividad de las cuotas en los sistemas que permiten una pluralidad de candidatos por distrito o circunscripción, de manera que puedan postularse candidatos de ambos sexos. Lo mismo ocurre en los sistemas proporcionales frente a los de mayoría, en los que un solo candidato obtiene la totalidad de la representación de su circunscripción o distrito. En sentido contrario, la celebración de elecciones primarias tiende a disminuir la eficacia de las cuotas.

María del Carmen Alanis Figueroa

D





Datos personales (protección)

Se refiere a los posibles usos inadecuados de la información concerniente a las personas tanto físicas como morales. En muchos países dicha protección está regulada jurídicamente a nivel constitucional o en leyes generales o específicas. Los derechos más significativos al respecto son el de acceso, rectificación, cancelación y oposición (conocidos como ARCO).

Dichos datos personales pueden ser públicos o privados, dependiendo de si es el Estado o los particulares quienes los recaban, resguardan y/o emplean, sin importar si su procesamiento es realizado en forma manual o digitalizado.

En reformas constitucionales publicadas en el *DOF* primeramente el 30 de abril de 2009 en el art. 73, adicionó la frac. XXIX-O como una de las facultades del Congreso para legislar "en materia de protección de datos personales en posesión de particulares", y por otra parte, del primero de junio de 2009 se adicionó en el art. 16 un segundo párrafo, que actualmente establece que "Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros".

Lo anterior dio lugar a dos reformas legislativas: la primera, publicada en el *DOF* el 5 de julio del 2010, por la que se expidió la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, y se reformaron los art. 3, fracs. II y VII, y 33, así como la denominación del capítulo II del título segundo de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, y una segunda, publicada en el *DOF* el 21 de diciembre de 2011, por la que se expidió el Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares. La autoridad encargada de velar el cumplimiento de estas dos disposiciones legislativas es el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI).

De manera más reciente, en el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, en la meta IV: México Próspero, en la estrategia y líneas de acción transversales Gobierno Cercano y Moderno, en el rubro VI.A., se señala que la administración pública federal buscará "Garantizar el acceso a la información y a la protección de los datos personales…".

La evolución constante de la tecnología genera nuevos esquemas de protección técnica de dichos datos personales, como por ejemplo la biometría; sin embargo, el derecho se ha caracterizado por mostrar continuos rezagos para articular modelos efectivos de tutela, por lo que continuamente se requieren de actualizaciones legislativas efectivas.

Julio Téllez Valdés

Debido proceso

El concepto de debido proceso es confuso en muchas legislaciones. Algunas lo coinciden con el derecho de defensa; otras lo relacionan con las garantías judiciales, y la tendencia más actual es completar el diseño de cuanto significa

tener un "debido proceso", con las condiciones que surgen de los tratados y convenciones que suman requisitos de validez y eficacia (por ejemplo, el derecho al recurso y el plazo razonable, entre otros).

El debido proceso, en líneas generales, responde en el constitucionalismo al concepto formal de cómo debe sustanciarse un procedimiento, aun cuando al mismo tiempo reconozca un aspecto sustancial, declarado como principio de razonabilidad.

El adverbio "debido" no aparece en la mayoría de las cartas constitucionales americanas, hecho significativo si tenemos en cuenta la idea que surge inmediata cuando se habla del "debido proceso". El origen aceptado es la 5ª enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, que establece los derechos de todo ciudadano a tener un proceso judicial; y también figura en la 14ª enmienda, como una restricción al poder del Estado para resolver sobre el destino de los hombres sin el *debido proceso.*

Estas dos facetas se reproducen en la explicación acerca del concepto. Es decir, se pone de relieve la importancia que tiene la actuación jurisdiccional. Son los jueces quienes deben preservar las garantías del proceso, y aplicar el principio de razonabilidad en cada una de las decisiones que adopte.

El carácter bifronte que mencionamos tiene otra fuente en el derecho anglosajón que a través de la frase *due process of law* —que es una variación de la contenida en la Carta Magna inglesa de 1215 *per legem terrae, by the law of the land*— ha desarrollado un alcance no solo procesal, sino inclusive informador de todo el ordenamiento jurídico.

El concepto tiene así un condicionante diferente al modelo donde nace (*common law* anglosajón), porque el *civil law* tiene presupuestos distintos. Por eso, aunque la adquisición supone progresar en la práctica de todos los derechos que se aplican en un proceso, para que sean satisfechos inmediatamente en sus alcances e intereses, los medios para hacer efectiva la práctica difieren.

La primera idea de estas garantías fue evitar el castigo arbitrario y las ilegales violaciones a la libertad personal y de los derechos de propiedad. Al mismo tiempo orientó a los jueces hacia un juicio justo y honesto. Creaba y protegía inmunidades que las personas nunca habían disfrutado hasta entonces, así como los derechos propios, atinentes a la persona o a sus bienes, y también significa que su disfrute no podía ser alterado por el rey por su propia voluntad y, por ende, no podía arrebatárselas.

Con el tiempo, el proceso debido fue llevado al plano de la ley, e inclusive sin tener mención expresa se consagró en las Constituciones de los Estados. No hubo indicaciones sobre contenidos o funciones de un proceso tipo o modelo, sino precisiones sobre la defensa, especialmente referido a los casos de atención en procesos penales. Nace así el llamado *debido proceso constitucional,* que fue más importante por las implicancias supuestas que por las declaraciones realizadas.

La última etapa refleja un paso más en la tradición jurisprudencial anglonorteamericana, al extenderse el concepto del debido proceso a lo que en esa usanza se conoce como *debido proceso sustancial —substantive due process of law—*, que, en realidad, aunque no se refiere a ninguna materia procesal, constituyó

un ingenioso mecanismo ideado por la Corte Suprema de los Estados Unidos para afirmar su jurisdicción sobre los Estados federados, al hilo de la enmienda XIV a la Constitución Federal, pero que entre nosotros, sobre todo a falta de esa necesidad, equivaldría sencillamente al principio de razonabilidad de las leyes y otras normas o actos públicos, o incluso privados, como requisito de su propia validez constitucional.

La razonabilidad estableció límites a la potestad judicial, y constituyó un llamado o advertencia al Estado en el sentido de que deben ajustarse no solo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella, el cual implica, a su vez, el cumplimiento de exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad.

En resumen, el debido proceso se ha desarrollado en los tres grandes sentidos apuntados:

a) El del *debido proceso legal*, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal;

b) La creación del *debido proceso constitucional* o debido proceso a secas, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo, formal o procesal y

c) El desarrollo del *debido proceso sustantivo* o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del derecho de la Constitución.

Osvaldo A. Gozaíni

Decisiones interpretativas

En el marco de los procedimientos de control de constitucionalidad de las leyes se entiende por decisiones interpretativas aquellas resoluciones que condicionan la validez del texto legal objeto de enjuiciamiento a la interpretación que formula la jurisdicción constitucional. Se elude, de este modo, la declaración de inconstitucionalidad y de nulidad del texto legal mediante la sujeción del precepto examinado a la comprensión constitucionalmente conforme que dicta el órgano judicial, o bien mediante la prohibición de aplicación del precepto en cuestión bajo una interpretación considerada inconstitucional por dicho órgano.

La emisión de decisiones interpretativas se asocia a la existencia de una jurisdicción constitucional con poder para invalidar o no aplicar normas con rango de ley aprobadas por las cámaras de representación popular si el órgano juzgador estima la incompatibilidad entre el texto legal y el texto constitucional. En este sentido, la contención con la que debe actuar la jurisdicción constitucional en el examen de un precepto aprobado por la mayoría de los representantes de la ciudadanía (expresada en el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes y en el principio de conservación de las mismas) induce a evitar la declaración de inconstitucionalidad si es posible extraer una interpretación del precepto legal constitucionalmente adecuada.

El análisis del fenómeno de las decisiones interpretativas se ha desarrollado con intensidad en aquellos modelos de control de constitucionalidad de las leyes de tipo concentrado en los que un órgano de naturaleza jurisdiccional

ostenta el monopolio de rechazo de preceptos legales (así, especialmente, en la República Federal de Alemania según el sistema establecido por la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en Austria, en Italia y en España, también en Francia con las particularidades sobre la composición y los procedimientos de control de leyes que definen al Consejo Constitucional) aunque asimismo se ha perfilado la cuestión, aunque con ciertos matices, en los modelos de control de constitucionalidad de tipo mixto (Portugal, Colombia), de tipo difuso con elementos de concentración (así México) de tipo difuso (Estados Unidos, Argentina), o incluso en sistemas en los que determinados tipos de normas legales están excluidos del control de constitucionalidad y el órgano juzgador recurre a la decisión interpretativa para modular las posibles incompatibilidades entre la norma legal y la norma constitucional (así el modelo de la Confederación Helvética en lo que atañe a las leyes federales).

En los modelos de control de constitucionalidad concentrado la jurisdicción ordinaria (que no cuenta con el poder de declarar la inconstitucionalidad y la invalidez de un precepto con rango legal) tiene la obligación, con todo, de haber intentado realizar una interpretación constitucionalmente conforme de la ley como requisito para plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el respectivo tribunal constitucional. Los órganos judiciales que integran el Poder Judicial también cuentan, de este modo, con la capacidad de emitir decisiones interpretativas si se encuentran en condiciones de formular una interpretación constitucionalmente conforme del precepto en principio constitucionalmente dudoso. La regla general de la vinculación de las decisiones de la jurisdicción constitucional a todos los órganos del Poder Judicial en todo tipo de procedimientos de control de normas que rige en la mayoría de Estados que cuentan con el modelo de control de constitucionalidad concentrado supone que la jurisdicción ordinaria también se encuentra vinculada a las decisiones interpretativas, y que, por tanto, tiene la obligación de aplicar la ley según la interpretación establecida por el tribunal constitucional (aunque ello no ha sido pacífico a lo largo de la historia del control de constitucionalidad de la ley en algunos sistemas como notoriamente se planteó en el caso italiano en las primeras décadas de funcionamiento de la Corte Constitucional).

Una de las principales críticas planteadas por la doctrina a la formulación de decisiones interpretativas por parte de las jurisdicciones constitucionales consiste en apreciar una suerte de intervencionismo judicial al reconfigurar el sentido normativo del precepto impugnado e introducir contenidos no previstos por el legislador bajo el pretexto de la interpretación constitucionalmente conforme. En principio, según una visión estricta del modelo de control de constitucionalidad de las leyes, el órgano que asume el ejercicio de dicho control solo cuenta con dos posibilidades: o desestima la impugnación del precepto legal o aprecia su inconstitucionalidad y, en consecuencia, declara su invalidez. Pero el propio Hans Kelsen, tanto en su *Teoría del derecho* como en sus escritos sobre la jurisdicción constitucional, ya asumió el carácter creativo de la interpretación, y en particular de la interpretación constitucional, de modo que parecía admitirse que los tribunales constitucionales emitieran decisiones intermedias entre la mera desestimación y la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del precepto legal.

Con el fin de poner coto a interpretaciones constitucionalmente conformes realizadas por las jurisdicciones constitucionales que desborden los contenidos normativos previstos por el legislador tanto algunas legislaciones sobre derecho procesal constitucional como la propia jurisprudencia de algunos tribunales han establecido límites al uso de decisiones interpretativas. Entre ellos se cuenta el respeto a la literalidad del precepto legal y la prohibición de asignar al precepto enjuiciado un contenido no previsto por el legislador o palmariamente contrario a lo establecido en el texto legislativo. La jurisdicción constitucional no puede, así, tratar de reconstruir una norma que no está debidamente explícita en el texto legal o desfigurar el sentido de enunciados legales meridianos para extraer la norma llamada a respetar el mandato constitucional. En algunos sistemas, la práctica de la tergiversación del sentido del precepto legal examinado con el fin de salvar la constitucionalidad de la norma ha merecido la definición de una categoría específica de decisión dentro del conjunto de las decisiones interpretativas (las llamadas decisiones manipulativas), así como también se ha determinado una categoría particular para definir aquellas resoluciones en las que la jurisdicción constitucional directamente condiciona la validez del precepto legal a disposiciones establecidas por el propio órgano judicial (decisiones aditivas), lo que generalmente sucede cuando la jurisdicción constitucional declara inconstitucional un precepto en la medida en que el legislador no tomó en consideración algo que, constitucionalmente, debió prever.

Héctor López Bofill

Declaración de principios sobre libertad de expresión (jurisprudencia interamericana)

En el ejercicio de sus funciones, los dos órganos del sistema interamericano de protección a los derechos humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) y Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), así como la Relatoría para la Libertad de Expresión (RELE), han desarrollado importantes estándares sobre el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, consagrado en el art. 13 de la Convención Americana. Le dieron amplio contenido a través de una generosa interpretación del derecho de buscar, recibir y difundir información de toda índole (incluso ofensiva o perturbadora), difundida en cualquier soporte (oral, escrito, visual, artístico), incluyendo la protección del derecho de acceso a la información en poder del Estado (CoIDH, caso Claude Reyes y principio 4 de la Declaración de Principios) y el derecho a la verdad (ver CoIDH. Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia).

Desde 1985 se desarrollaron características fundamentales de esta libertad, destacándose el rol de pilar democrático, su carácter de derecho individual y colectivo (buscar y recibir información), el deber de los Estados de brindar una protección simultánea a sus inescindibles dimensiones individual y social y el carácter instrumental para el ejercicio del periodismo (CoIDH OC-5). Se crearon estándares internacionales, entre los que se debe resaltar: 1) la prohibición cuasiabsoluta de actos de control previos; 2) el carác-

ter taxativo de las limitaciones permitidas en el art. 13 (derecho no absoluto sujeto únicamente a responsabilidades ulteriores establecidas expresamente en la Convención, que cumplan requisitos de legalidad, fin legítimo, proporcionalidad y necesidad en una sociedad democrática), y 3) la interpretación restrictiva de las limitaciones permitidas por la propia Convención y el deber de usar medidas menos lesivas a la libertad de expresión. Asimismo, la Corte desarrolló el concepto de derecho de rectificación o respuesta consagrado en el art. 14 de la Convención (CoIDH OC-14).

En 2000, la CIDH, en respaldo a la RELE, adoptó 13 principios en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (DPLE), impulsando la jurisprudencia desde 2001, al llevar ante el tribunal casos y asuntos relativos a: a) censura previa; b) responsabilidades ulteriores: penales y civiles; c) restricciones indirectas, y d) necesidad de protección preventiva de este derecho.

a. Actos censura previa, prohibidos por el art. 13 y por el principio 5 de DPLE: el sistema interamericano se diferencia de otros mecanismos universales y regionales, en que se rige por el principio de prohibición cuasiabsoluta de todo acto de control previo contra cualquier tipo de expresión, difundida por cualquier medio, proveniente de cualquier órgano del Estado (Legislativo, Ejecutivo o Judicial). Afirma que las expresiones únicamente pueden estar sujetas a responsabilidades ulteriores, señalando como sola excepción a este principio el supuesto establecido en el art. 13.4 de la CADH, el cual permite regular el acceso a espectáculos públicos para la protección moral de la infancia y la adolescencia.

La Corte resolvió casos de censura clásica, reafirmando que cualesquiera actos de control previos son *per se* incompatibles con la Convención Americana. El Estado no puede justificar ni defender los elementos legalidad, fin legítimo, proporcionalidad y necesidad frente a actos de censura (ver CoIDH *"La última tentación de Cristo" Olmedo Bustos y otros,* censura cinematográfica y *caso Palamara Iribarne*; CIDH. Informes Alejandra Matus; Francisco Martorell, censura en la publicación de libros). Parte de la doctrina (Eric Barendt) critica este principio, porque otorga un derecho absoluto a publicar por primera vez cualquier expresión, por ser dogmático y por no tomar en cuenta el carácter del discurso ni su posible impacto grave en otros derechos, en casos en que parecería lógico e incluso conveniente permitir al Estado detener, por orden judicial, al menos temporalmente, la difusión de información (ej. seguridad nacional y difusión de documentos confidenciales o secretos).

b. Responsabilidades ulteriores permitidas por el art. 13.2 y los principios 11 y 12: los órganos del sistema se han pronunciado sobre la imposición de medidas penales y civiles como responsabilidad ulterior para contrarrestar el supuesto ejercicio abusivo del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Respecto al uso de figuras penales, miran con particular cuidado los casos en que los Estados usan sus distintas tipificaciones para proteger el derecho al honor de las personas, del Estado o de instituciones (difamación, calumnia, injurias o desacato) por la difusión de expresiones de interés público. Desarrolló el concepto de mayor tolerancia a la crítica por parte de las instituciones del Estado, funcionarios o personas públicas y de especial protección de las expresiones de interés público (casos Herrera Ulloa, Ricardo

Canese, Palamara Iribarne, Kimel, Usón Ramírez, Fontevecchia y D'Amico y principio 11, DPLE). La Corte Interamericana, al igual que su par Europea, no considera el uso del derecho penal para proteger el honor —ni siquiera por funcionarios públicos— *per se* incompatible con la Convención. Sin embargo, en varias ocasiones la Corte determinó que su uso fue desproporcional en una sociedad democrática, al considerar el derecho penal el medio más severo que tiene el Estado entre otras alternativas posibles y la ambigüedad de las redacciones de los tipos penales analizados. Estas decisiones tuvieron el efecto de lograr una despenalización parcial de ciertas conductas cuando estaban comprometidas informaciones de interés público o personas públicas al ser una reparación ordenada por la Corte (ver CoIDH casos Palamara Iribarne; Kimel; y Usón Ramírez). En otros casos no se ordenó un cambio legislativo, pese a la declaración de violación a la libertad de expresión por el uso de figuras penales similares (ver casos Herrera Ulloa; Ricardo Canese, y Santander Tristán Donoso). Por su parte, la CIDH y la RELE tienen una postura más contundente en torno a la necesidad de despenalizar estas figuras, acercándose tímidamente a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, comenzando desde 1995 con la recomendación de erradicar el desacato, hasta requerir a los Estados en 2008 que deroguen todos los delitos contra el honor, basada en el inevitable efecto inhibidor que tiene la penalización de cualquier tipo de expresión. La RELE afirma que solo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que exista una amenaza evidente y directa de violencia anárquica (CIDH, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1995 e Informe Anual de la RELE 2008). En cuanto a responsabilidades civiles, en 2011 la Corte por primera vez se pronuncia sobre la gravedad que pueden revestir, frente a la legítima protección del derecho a la vida privada —incluso de personas públicas— requiriendo una ponderación de la conducta desplegada por el emisor, las características del daño causado y otros datos que demuestren la necesidad de recurrir a la vía civil, encontrándolas desproporcionadas en el caso particular (CoIDH, caso Fontevecchia y D'Amico).

c. Restricciones indirectas descritas en el art. 13.3 y en los principios 12 y 13: pueden tener graves efectos en la libertad de expresión, en sus dos dimensiones, y presentan dificultades ante los órganos del sistema para acreditarse porque muchas veces las graves acciones de los Estados que representan "abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información" se dirigen directamente a personas jurídicas o medios de comunicación (ver casos Ríos y Perozo) o tienen fines inicialmente legítimos, como la lucha contra los monopolios mediáticos. Las restricciones indirectas son aquellas que parecen dirigidas a otros objetivos legítimos, diferentes a restringir la libertad de expresión. La Corte determinó como restricciones indirectas: dejar sin efecto la nacionalidad del director de un canal de televisión buscando indirectamente coartar su libertad de expresión y el derecho a recibir información de la sociedad (caso Ivcher Bronstain); las limitaciones aplicadas a una persona para salir del país y el despido de una institución pública (caso Ricardo Canese); las investigaciones administrativas, la suspensión de autorización

para hacer publicaciones en determinado diario (caso Palamara Iribarne). No consideró que se presentaron suficientes evidencias respecto de restricciones indirectas; por ejemplo, en casos de alegados uso reiterados de oficios por el ente de control de telecomunicaciones, presencia militar en las antenas de transmisión, uso abusivo de cadenas nacionales por parte del gobierno, y la abstención del aparato estatal de prevenir que controles de personas ajenas al Estado impidan la comunicación y circulación de ideas (casos Ríos y Perozo). Actualmente se encuentra pendiente un importante caso en el que deberá atender alegatos sobre restricciones indirectas por uso abusivo de las facultades de concesión y revocación de licencias a medios de comunicación (ver demanda CIDH, caso Marcel Garnier y otros).

Por otro lado, sin calificación tan clara sobre el tipo de restricción (censura, responsabilidad ulterior o restricciones indirectas) la Corte encontró violación únicamente a la parte descriptiva del art. 13.1 en algunos casos, declarando, por ejemplo, como discriminatoria la prohibición de hablar en lengua indígena a una persona privada de libertad, afectando la dignidad personal (caso López Álvarez y principio 2, DPLE); como atentatorias al Estado de derecho a la ejecución extrajudicial de un oponente por razones políticas (ver. CoIDH, caso Manuel Cepeda Vargas y principio 9, DPLE), actos de agresión y hostigamiento contra un periodista durante la cobertura de noticias (caso Vélez Restrepo), desarrollando la conexión entre restricciones ilegítimas de facto y el ejercicio de la libertad de expresión, entre otros (ver casos Uzcátegui y otros; Vélez Restrepo y Perozo y otros). En ocasiones, a pesar de encontrar violación a la integridad personal de los periodistas (art. 5, CADH, casos Ríos y Perozo), solo encontró violación al art. 13.1 de la CADH por el contenido de discursos de funcionarios de alta investidura y su reiteración, que implicaron omisión del Estado en su deber de prevenir hechos de violencia contra periodistas (ver también caso Cepeda Vargas). Técnicamente algunos hechos de estos casos podrían encajar en alguna de las categorías de restricciones descritas en la Convención.

d. Protección preventiva: la Corte emitió medidas provisionales para evitar daño irreparable a la libertad de expresión en contadas ocasiones, entre las que se destacan la orden de abstenerse de publicar una sentencia condenatoria impuesta a un periodista por delitos contra el honor y dejar sin efectos su inscripción en el registro de delincuentes, al afectar su credibilidad, hasta tanto se pronuncie sobre el fondo (Asunto Herrera Ulloa) y la protección a trabajadores que acudían a un medio de comunicación, ordenando la adopción de protección perimetral en la sede (Asuntos Ríos y Perozo). La CIDH, por su parte, cuenta con numerosas medidas cautelares para proteger vida e integridad física de comunicadores sociales y defensores de derechos humanos, así como evitar, entre otros, la aplicación de sanciones penales, la destrucción de boletas electorales y el cierre de medios de comunicación, hasta tanto se pronuncie sobre el fondo del asunto.

Temas pendientes. La Corte Interamericana todavía no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre, entre otros, los poderes estatales en torno a la distribución de publicidad oficial y el uso de fondos públicos en campañas electorales, la regulación de internet y el verdadero alcance o elementos que

surgen de los incisos 13.4 (regulación acceso a espectáculos públicos) y 13.5 (discurso de guerra e incitación a la violencia). Para ver los desarrollos en la materia se debe recurrir importantes principios e informes, elaborados por la RELE.

Alejandra Gonza

Declaración de validez de las elecciones

La calificación y declaración de validez de las elecciones en México se ha realizado por medio de dos modelos, en un inicio el *político* a través de un colegio electoral, y los que se encuentran vigentes el *administrativo* y *jurisdiccional* realizado por el Instituto Electoral y el Tribunal Electoral, según la elección de que se trate, federal o estatal, como se explica a continuación.

Antecedentes. La historia constitucional mexicana enseña que la calificación de las elecciones y la entrega de las constancias de acreditación eran realizadas por los propios miembros que integraban los órganos de elección popular.

La Constitución de 1917 optó por continuar con esa tradición del siglo XIX, al consagrar que cada Cámara del Congreso de la Unión (diputados y senadores) debía calificar las elecciones de sus miembros a través del colegio electoral respectivo, reconociendo de este modo el sistema de autocalificación electoral.

El colegio electoral de la Cámara de Diputados, conformado para este efecto, también calificaba la elección de presidente de la República, dando lugar al sistema de heterocalificación electoral.

Ese diseño constitucional perduró aproximadamente 77 años. El decreto de reforma al art. 60 de la Constitución, publicado en el *DOF* el 3 de septiembre de 1993, marcó la tendencia de desaparecer ese sistema de tipo político.

La reforma eliminó la base constitucional de los colegios electorales de las cámaras de Diputados y Senadores para calificar las elecciones de sus miembros y trasladó esta atribución a los consejos del Instituto Federal Electoral, pero dejó subsistente el entonces contenido del art. 74, frac. I, de la Constitución, el cual otorgaba facultad a la Cámara de Diputados para erigirse en colegio electoral a fin de calificar la elección presidencial, por lo que al amparo de esta disposición, en 1994 aún se constituyó para ese objeto.

El decreto de reformas a la Constitución, publicado en el *DOF* el 22 de agosto de 1996, puso fin a ese sistema de calificación de las elecciones, dando lugar a uno nuevo, que es el que rige actualmente.

Fundamento. El desarrollo del proceso electoral federal trascurre en diversas etapas, a saber: 1. La de preparación de la elección; 2. La de jornada electoral; 3. La de resultados y declaración de validez de las elecciones, y 4. La de dictamen y declaración de validez de la elección y de presidente electo.

El fundamento orgánico, sustantivo y procesal del sistema actual de declaración de validez de las elecciones federales se sustenta en los arts. 41, base V, párrafo noveno; 54, 56, 60, y 99, frac. II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 12 al 18, 109, 118, inciso q), 210, 293 a 312, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales; 49 al 70, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral; y

186, 187, 189, 195, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, así como en la jurisprudencia electoral.

Declaración de validez de la elección. El proceso electoral federal comprende la elección del titular del Poder Ejecutivo, de diputados y senadores al Congreso de la Unión; en todos los casos las elecciones son objeto de declaración de validez, atribución que se encuentra encomendada tanto a un órgano administrativo (Instituto Federal Electoral) o jurisdiccional (Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación), según la elección que corresponda.

La declaración de validez de la elección es un acto formal de la autoridad electoral, una vez concluido el cómputo distrital, calificada la elección como legal y constatado, los requisitos de elegibilidad del candidato que obtuvo la mayoría de votos. Se concreta con la entrega de la constancia respectiva.

La etapa de resultados y declaración de validez de la elección inicia con el envío de la documentación y expedientes electorales a los consejos distritales, y concluye con los cómputos y declaraciones que realicen los consejos del Instituto Federal Electoral. El cómputo distrital atiende ordinariamente el procedimiento siguiente: *1*. Se abren los paquetes electorales de la elección que no tengan muestras de alteración; *2*. Si los resultados de las actas no coinciden o muestran alteraciones evidentes y no existiera acta alguna de escrutinio y cómputo, se procederá a realizar un nuevo escrutinio y cómputo, o bien el recuento de votos en la totalidad de las casillas si existiera una diferencia entre el primer y segundo lugar igual o menor a un punto porcentual, levantándose el acta circunstanciada conducente; *3*. Se suman los votos emitidos a favor de partidos políticos y coaliciones; *4*. Se verifica el cumplimiento de los requisitos formales de la elección y de elegibilidad de los candidatos de la fórmula con mayor votación, y *5*. Se emite y expide la constancia de mayoría y validez a favor de la fórmula ganadora, salvo que los integrantes de ésta fueran inelegibles. Así culmina esta etapa.

Dictamen y declaración de validez de la elección presidencial. A la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación le corresponde emitir exclusivamente el dictamen y la declaración de validez de la elección y de presidente electo de los Estados Unidos Mexicanos , una vez resuelto el último de los juicios de inconformidad o cuando se tenga constancia de que no se presentó alguno y hecha la sumatoria final de la elección. Esta instancia, en su caso, puede declarar la nulidad de la elección.

En este tipo de elección la etapa concluye al aprobar la Sala Superior el documento que contiene una perspectiva de conjunto, en principio, las situaciones de hecho y de derecho relacionados con lo siguiente: *1.* La etapa preparatoria de la elección; *2.* La jornada electoral; *3.* Los resultados preliminares y de los cómputos distritales, así como resoluciones de juicios de inconformidad, y *4.* El dictamen y declaraciones de validez de la elección y de presidente electo; este último se sostiene en el cómputo final de la elección y en el candidato que obtuvo más votos, la validación de la elección al desestimarse la pretensión de invalidez y en la elegibilidad del candidato que obtuvo más sufragios.

Esa declaración se notifica al candidato ganador; a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, por conducto del presidente de la mesa

directiva, a fin de que expida y publique el bando solemne para dar a conocer a toda la República a la persona que ha sido declarado presidente electo; al presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; al Consejo General del Instituto Federal Electoral, así como su publicación en diversos medios electrónicos y en el *DOF.*

La declaración de validez de la elección presidencial, así como la emisión del dictamen, en estricto sentido, no es una determinación judicial ni puede considerarse como jurisdiccional, debido a que no dirime un litigio o pretensiones contradictorias; es un acto o resolución que se materializa en un momento posterior a la decisión de los juicios de inconformidad, cuyas sentencias pueden confirmar y modificar el resultado del cómputo distrital y dar lugar a una recomposición de votos.

El dictamen y la declaración, por sí solos, no se pueden considerar formalmente como jurisdiccionales, porque no son el resultado concatenado de un litigio o proceso judicial, aunque materialmente sí lo es, al encontrarse emitidos por un órgano judicial, al margen de que lo hace un órgano máximo especializado en la materia.

Al ejercer esa atribución, la Sala Superior deberá sesionar con la presencia de por lo menos seis de sus siete integrantes, a más tardar el seis de septiembre del año de la elección.

El sistema introducido en 1996 ha permitido a la Sala del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación aprobar por unanimidad de votos el cómputo definitivo, declarar la validez de la elección y emitir el dictamen correspondiente de la elección presidencial de los años 2000, 2006 y 2013, en las fechas 2 de agosto, 5 de septiembre y 31 de agosto, respectivamente, de esos años.

Declaración de validez de la elección de diputados y senadores por el principio de mayoría relativa. A los consejos distritales del Instituto Federal Electoral les corresponde realizar los cómputos distritales de la elección de diputados por el principio de mayoría relativa conforme al procedimiento antes aludido, declarar la elegibilidad de los candidatos de la fórmula que hubiera obtenido la mayoría de votos y emitir la declaración de validez de la elección; agotada esta fase, el presidente del consejo distrital expide la constancia de mayoría y validez, debiendo remitir copia certificada de la constancia respectiva a la Oficialía Mayor de la Cámara de Diputados.

Por otra parte, los consejos locales del Instituto, hecho el cómputo de entidad federativa correspondiente a la elección de senadores por el principio de mayoría relativa y de la fórmula registrada en primer lugar por el partido político que por sí mismo hubiera logrado obtener el segundo lugar en la votación, además, cumplan con los requisitos de elegibilidad, procederán a declarar la validez de la elección, así como entregar las constancias de mayoría y validez a las fórmulas que hubieran obtenido el triunfo; en el caso también se deberá enviar copia certificada de la constancia conducente a la Oficialía Mayor de la Cámara de Senadores.

Declaración de validez de la elección de diputados y senadores por el principio de representación proporcional. El Consejo General del Instituto Federal Electoral, en ejercicio de sus atribuciones, determina el cómputo total de la elección de di-

putados y senadores por el principio de representación proporcional, declara válida la elección de diputados electos bajo ese principio en las cinco circunscripciones plurinominales en que se encuentra dividido el territorio mexicano y el de senadores electos con base en la circunscripción plurinominal nacional, acto seguido, procede a asignar a los partidos políticos los diputados y senadores que constitucional y legalmente les corresponde. El presidente del Consejo expide a cada partido político las constancias de asignación proporcional, de lo que informará a la Oficialía Mayor de las cámaras de Diputados y Senadores, respectivamente.

Impugnación. Las determinaciones de los consejos distritales y locales del Instituto Federal Electoral relacionados con el cómputo definitivo, la elegibilidad de la fórmula ganadora, la declaración de validez de la elección y la entrega de la constancia respectiva de diputados y senadores por el principio de mayoría relativa son impugnables ante las salas regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Las sentencias que éstas emitan podrán ser revisadas solo por la Sala Superior vía recurso de reconsideración; además, las asignaciones de representación proporcional hechas por el Consejo General de ese Instituto se podrán impugnar ante la Sala citada, instancia que resolverá en única instancia.

El sistema federal de declaración de validez de las elecciones se encuentra armonizado con las legislaciones estatales relacionadas con las elecciones de gobernador, diputados y ayuntamientos, lo que fortalece de modo integral el avance democrático en México.

Valeriano Pérez Maldonado

Declaratoria general de inconstitucionalidad

En sentido amplio, la declaratoria general de inconstitucionalidad es el pronunciamiento con efectos generales que emite un órgano constitucionalmente facultado sobre la irregularidad de una norma general, haciéndola inaplicable respecto de cualquier persona. En el derecho constitucional comparado se observa una tendencia al acogimiento de este tipo de declaratorias. Los tribunales constitucionales de los países europeos se caracterizan por realizar un control de constitucionalidad de las normas con efectos generales. Las sentencias de la Suprema Corte estadounidense conllevan una protección similar, pues aunque sus sentencias no contienen una declaratoria con efectos generales, la ley declarada inconstitucional no puede volver a aplicarse en atención al principio de *stare decisis*. En Latinoamérica, las cortes constitucionales de Guatemala y Colombia, la Corte Suprema de Justicia de Panamá, y la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador son algunas de las facultadas para declarar la inconstitucionalidad de las normas con efectos generales.

En el caso de México, la declaratoria de inconstitucionalidad de normas con efectos generales se previó expresamente a partir de las reformas de 1994 al art. 105 constitucional, estableciéndose que procede en acción de inconstitucionalidad y en controversia constitucional; en este último caso solo respecto de disposiciones generales de los estados o de los municipios impugnadas por

la Federación, de los municipios impugnadas por los estados o cuando la controversia se haya suscitado entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión, o cualquiera de sus cámaras o la Comisión Permanente; entre dos poderes de un mismo estado, o entre dos órganos de gobierno del Distrito Federal. Tanto en las controversias constitucionales como en las acciones de inconstitucionalidad la declaratoria de invalidez requiere de una mayoría de cuando menos ocho votos y no tiene efectos retroactivos, salvo en materia penal.

En sentido estricto, la declaratoria general de inconstitucionalidad es la facultad prevista en la fracción II del art. 107 constitucional, a través de la cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede declarar la invalidez con efectos generales de normas cuya inconstitucionalidad se haya determinado mediante jurisprudencia por reiteración en amparo indirecto, con excepción de las normas generales en materia tributaria. Este mecanismo constituye un hito en la evolución del juicio de amparo, el cual desde su nacimiento contempló una fórmula que constaba de dos elementos: la limitación de los efectos de la sentencia al caso particular y la prohibición expresa de dar efectos *erga omnes* a las sentencias de amparo, a lo que se denominó "principio de relatividad de las sentencias" y que fue la nota distintiva del amparo, a la cual se le atribuyó en parte su consolidación en el orden jurídico mexicano.

La reforma constitucional en materia de amparo del 6 de junio de 2011 modelizó este arraigado principio, dando lugar a la declaratoria general de inconstitucionalidad. El cambio fue impulsado por un sector importante de la doctrina que había advertido una serie de inconvenientes teóricos y prácticos que generaba. La formulación clásica del principio de relatividad de las sentencias vulneraba el principio de igualdad por permitir la existencia de normas inconstitucionales aplicables y obligatorias para algunos gobernados y para otros no, además de que la vigencia de normas generales inconstitucionales vulneraba la supremacía constitucional, afectaba la regularidad del orden jurídico mexicano y constituía un obstáculo para la consolidación de un Estado democrático en sentido sustancial.

En términos del art. 107, frac. II, constitucional, el procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad se desarrolla en dos fases. En un primer momento, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación resuelva por segunda ocasión consecutiva sobre la inconstitucionalidad de una norma general no tributaria, en amparo indirecto en revisión, debe informar de ello a la autoridad emisora. Posteriormente, en caso de que los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la que se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Corte debe notificar a la autoridad emisora a fin de que en un plazo de noventa días naturales se supere el problema de inconstitucionalidad; de lo contrario, la Corte emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad, siempre que sea aprobada por mayoría de ocho votos, fijando sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

La Ley de Amparo introduce algunas precisiones a ese procedimiento, al señalar que tratándose de normas emitidas por los poderes legislativos federal y locales, el plazo de noventa días se computará dentro de los días útiles de los periodos ordinarios de sesiones determinados en la Constitución federal,

en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, o en la Constitución local, según corresponda. Establece que los plenos de circuito, por mayoría de sus integrantes, pueden solicitar a la Suprema Corte que inicie el procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad, cuando dentro de su circuito se haya emitido jurisprudencia derivada de amparos indirectos en revisión en la que se declare la inconstitucionalidad de una norma general. Asimismo, se especifica que la declaratoria general de inconstitucionalidad no podrá modificar el sentido de la jurisprudencia que le da origen; será obligatoria; tendrá efectos generales, y establecerá sus alcances y sus condiciones, así como la fecha a partir de la cual surtirá sus efectos, los que no podrán ser retroactivos, salvo en materia penal, debiéndose remitir al *Diario Oficial de la Federación* y al órgano oficial en el que se hubiera publicado la norma declarada inconstitucional para su publicación dentro del plazo de siete días hábiles.

Por su parte, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió el Acuerdo General 15/2013, en el que, entre otras cosas, se detalla el procedimiento a seguir cuando la jurisprudencia respectiva haya sido emitida por un tribunal colegiado de circuito, estableciéndose que ello deberá hacerse del conocimiento del pleno de circuito respectivo, el cual lo comunicará a la Corte para los efectos de la notificación a la autoridad emisora. Se precisa que de encontrarse pendiente de resolución una contradicción de tesis sobre la constitucionalidad de la norma general respectiva, no se resolverá el fondo de la declaratoria general de inconstitucionalidad hasta en tanto no se dicte el fallo correspondiente en la contradicción de tesis, lo que preferentemente se deberá realizar por el Pleno dentro del plazo constitucional de noventa días. Asimismo, se señala que si antes de transcurrir los noventa días respectivos entra en vigor una nueva norma general que modifique la norma declarada inconstitucional, el procedimiento de declaratoria general se deberá declarar sin materia. Finalmente, si el proyecto de declaratoria general no alcanza la votación calificada, se desestimará el asunto y se ordenará su archivo.

Para la eficacia de la declaratoria general de inconstitucionalidad, la Ley de Amparo contempla un procedimiento sumario para el caso de que la norma general respectiva sea aplicada con posterioridad a la entrada en vigor de la declaratoria. El procedimiento se lleva a cabo ante un juez de distrito, quien debe dar vista a las partes y dictar una resolución ordenando a la autoridad aplicadora que deje sin efectos el acto, o bien determinando que la norma no fue aplicada, resolución que puede impugnarse mediante el recurso de inconformidad. Si después de ello la autoridad aplica nuevamente la norma general declarada inconstitucional, el acto puede combatirse mediante el procedimiento de denuncia por repetición del acto reclamado.

Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Defensa constitucional

La noción de "defensa constitucional" es un concepto bastante amplio y omnicomprensivo, pero no por ello equívoco, dado que desde sus inicios esta expresión comprendió a lo que tempranamente se entendió como protección *jurídica* de la Constitución.

Ciertamente, desde una perspectiva histórica, la expresión "defensa constitucional" o "defensa de la Constitución" fue acuñada por vez primera en dos obras capitales del pensamiento constitucional contemporáneo: *Der Hüter der Verfassung* ("El protector de la Constitución"), de Carl Schmitt, publicada en Alemania en 1931 (y posteriormente traducida al castellano por Manuel Sánchez Sarto con el nombre *La defensa de la Constitución*) y *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, de Hans Kelsen (más tarde traducido bajo el título "¿Quién debe ser el protector de la Constitución?", por Roberto J. Brie). En el contexto de esta polémica, el profesor Schmitt sostenía que el encargado de la defensa de la Constitución debía ser un órgano político, y más específicamente, el presidente del *Reich*, de conformidad con el art. 48º de la Constitución de Alemania de 1919. A ello respondió Kelsen, sin embargo, señalando que, dejando de lado los riesgos de la judicialización de la política (y viceversa), lo correcto era entregar el rol de defensor de la Constitución a un órgano *ad hoc*, especializado en la tarea de controlar los actos de poder potencialmente infractores del texto constitucional, y cuya decisión gozaba de efectos *erga omnes*.

En un sentido más estricto, el profesor Héctor Fix-Zamudio define a la "defensa de la Constitución" como aquella que está integrada por los instrumentos jurídicos y procesales establecidos para conservar la normativa constitucional, así como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y lograr el desarrollo de las disposiciones constitucionales en un sentido formal y real o material. O, en términos de Karl Loewenstein: pasar de una Constitución "nominal" a otra auténticamente "normativa", en la que comunidad y Constitución se sitúan en una relación de "simbiosis". Esta definición, sin embargo, admite una clasificación ulterior, a decir del citado profesor mexicano, que se desprende en dos categorías: la "protección de la Constitución" y las "garantías constitucionales"; la primera de las cuales alude a todos aquellos factores que figuran en la Constitución para limitar el poder y encauzar la acción de sus titulares, mientras que la segunda se refiere más bien a los medios típicamente procesales que tienen como finalidad la reparación del orden constitucional allí cuando éste es vulnerado por los órganos de poder (Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*).

Sin embargo, en un sentido más amplio, Díaz Revorio nos recuerda que, atendiendo a lo que establecen las Constituciones occidentales modernas, es posible identificar dos sentidos de la expresión "defensa de la Constitución": por un lado, en un sentido *formal*, como la defensa referida al conjunto de mecanismos y órganos de reacción del texto constitucional frente a su infracción (lo que incluye a la reforma constitucional, el órgano encargado de sancionar tal infracción, los recursos y garantías jurisdiccionales como el amparo, entre otros), siendo más propio hablar de "garantía de la Constitución"; y por el otro, en un sentido más *sustantivo*, como el conjunto de mecanismos destinados a salvaguardar los valores fundamentales de un sistema constitucional (lo que abarca desde la separación de poderes hasta los derechos fundamentales, pasando por el principio democrático). Dentro de este último concepto, se entiende que el objeto de protección no es la Constitución como norma jurídica, sino como sistema de valores, siendo sus instrumentos de defensa tanto jurí-

dicos como políticos; por tanto, defensa constitucional será, como recuerda el citado autor, la técnica constitucional consistente en ilegalizar actividades que tienen por finalidad atacar el orden constitucional subyacente. Se busca, por este medio, que la Constitución no permita que sus *enemigos*, utilizando los medios que ella dispone, alteren el orden constitucional y pretendan destruir el sistema democrático (a ello se alude con el término "democracia militante") (Díaz Revorio, Javier, *La "Constitución abierta" y su interpretación*).

Dicho esto, hoy se puede afirmar que la noción de "defensa constitucional" se concreta o materializa a través de la *jurisdicción constitucional* (vale decir, a través de una defensa o protección *jurídica* de la Constitución"), entendida ésta como todo procedimiento jurisdiccional que tiene como fin directo garantizar la observancia de la Constitución, según la noción clásica a la que se arribó en Heidelberg (Alemania), en 1961, en el congreso auspiciado por el Max Planck Institute.

Gerardo Eto Cruz

Defensa de la Constitución. Enfoque jurídico

Los juristas europeos, a diferencia de los estadounidenses, durante el siglo XIX no llegaron a un consenso sobre si la Constitución debía ser defendida por mecanismos jurídicos ni sobre quién debía realizar esa labor. En este periodo primó en Europa la tesis que sostenía que la Constitución no necesitaba específicos instrumentos jurídicos para su defensa, sino más bien que todos los poderes del Estado, así como también los ciudadanos, estaban comprometidos moralmente con esa labor. En Estados Unidos, por el contrario, se asumió desde fines del siglo XVIII y claramente con la sentencia Marbury *v.* Madison de 1803, que la Constitución como primera norma jurídica del Estado debía ser defendida por los jueces de la república. De lo contrario, se estimó que la supremacía constitucional devenía en un mero *flatus vocis*.

Sin embargo, la situación en Europa fue cambiando a fines del siglo XIX. Los problemas para la unidad fundamental del Estado federal en algunos países europeos, como Alemania y Suiza, así como la irrupción de partidos de inspiración marxista a fines del siglo XIX y comienzos del XX, que pusieron en jaque la alternativa liberal-conservadora hasta ese momento reinante, llevaron a las democracias europeas a proponer mecanismos institucionales para defender el principio de supremacía constitucional. Las cuestiones centrales de la federación *versus* las normativas de los Estados federados, así como las reglas centrales del juego político diseñadas en la Constitución, debían ser defendidas por instrumentos jurídicos efectivos. Se comienza a hablar en este periodo de rigidez constitucional y de defensa jurídica del principio de supremacía constitucional.

De esta manera, la discusión en Europa sobre la forma como se debía defender la Constitución terminó en 1920 en Austria, con la creación del Tribunal Constitucional. Ese tribunal se debe fundamentalmente a la obra de Hans Kelsen, quien participó activamente en la discusión y en la redacción de sus disposiciones. Similar tribunal fue creado en el mismo año en Checoslovaquia. Luego bajo la Segunda República española se creó en 1931

un Tribunal de Garantías Constitucionales, que era en lo sustancial un tribunal constitucional. Finalmente, después de la Segunda Guerra Mundial prácticamente todos los países europeos crearon tribunales constitucionales. Lo mismo se replicó después en la mayoría de las repúblicas latinoamericanas.

Tenemos de este modo que en la actualidad la principal defensa jurídica de la Constitución está representada por la judicial. Ésta se crea como un freno efectivo a la opresión gubernamental, especialmente cuando esa opresión se deja caer sobre los derechos y libertades de los ciudadanos y sobre los intereses de las minorías políticas representadas en el Parlamento. En este sentido, los dos modelos paradigmáticos de defensa jurídica de la Constitución son el estadounidense y el europeo continental, aunque desde luego entre ellos existen importantes diferencias.

La defensa jurídica judicial de la Constitución está encomendada en los Estados Unidos de Norteamérica a los jueces ordinarios; a todos ellos. Se habla así de un control difuso de constitucionalidad. En Europa, por el contrario, esa defensa se encomienda en régimen de exclusividad a un tribunal especial; al tribunal constitucional. Se habla en este caso de un control concentrado de constitucionalidad. La razón del porqué se atribuye esta función a estos jueces especiales está dada por la evidente influencia de Hans Kelsen. Kelsen proponía que un órgano especial verificara un juicio abstracto de normas donde quedara excluida toda ponderación de los valores e intereses que subyacen a la ley o a los hechos que son objeto de su aplicación, para así evitar toda subjetividad que estaba tan presente en muchos de los jueces europeos de ese entonces. Por otra parte, ese órgano de control debía adoptar como parámetro exclusivo del enjuiciamiento a la Constitución concebida solo como regla procedimental y de organización, y nunca como fuente generadora de problemas morales y sustantivos. El tribunal constitucional debía controlar la legitimidad de las leyes a modo de un operador jurídico lo más cercano a la razón y a la lógica.

Si bien el modelo de defensa jurídica de la Constitución hoy es de general difusión, esto no significa que su implantación sea pacífica: una cuestión esencialmente polémica es su carácter transformador del ordenamiento jurídico, respecto del cual se ha dicho que en muchas ocasiones los tribunales, cuando controlan la constitucionalidad de una ley, operan a la manera de un "legislador negativo". En este sentido, en el marco del derecho europeo fueron especialmente importantes las críticas formuladas por Carl Schmitt, quien creía ver en la defensa de la Constitución derechamente una actividad política. Por otra parte, en la actualidad también se ha criticado el carácter antidemocrático de la jurisdicción constitucional, la que tienen la posibilidad de dejar sin efecto leyes aprobadas por la mayoría democráticamente legitimada en las asambleas legislativas. Frente a estas objeciones se ha dicho que la Constitución necesita ser defendida también de la omnipotencia de la mayoría parlamentaria. La Constitución es por definición superior y estable frente a las mayorías democráticas circunstanciales.

Sin perjuicio de lo anterior, hoy está bastante asentada la idea de que la defensa de la Constitución se puede llevar a cabo por cauces jurídicos y jurisdiccionales. Desde el momento en que la Constitución dejó de ser una

carta de navegación política dirigida al legislador y al gobierno, pasando a ser concebida como norma jurídica y, más aun, como la primera norma de todo el ordenamiento jurídico. Ello ha venido a significar que todos los tribunales de justicia se vean en la obligación de aplicar la Constitución. Toda aplicación del derecho supone potencialmente una aplicación constitucional y, por lo tanto, toda actividad jurisdiccional también supone potencialmente un contenido constitucional, y ello es aplicable tanto al tribunal constitucional como a los tribunales ordinarios. Tenemos así que se ha diluido la rígida separación entre la esfera de la constitucionalidad y la de mera legalidad, y el juez ordinario es también juez constitucional en cuanto aplica la Constitución.

La evolución se ha dado también en el sentido de que en el control de constitucionalidad no solo se realiza una defensa de tipo procedimental, sino que también hay una defensa de los contenidos que se encuentran consagrados en la carta fundamental. De esta manera, para que la labor de los tribunales constitucionales (o de las cortes supremas en su caso) pueda ser entendida como actividad jurídica jurisdiccional, dichos órganos suelen estar organizados bajo los principios de independencia e imparcialidad y actuación conforme a los principios de *nemo iudex sine actore* y del proceso legal.

A diferencia del modelo difuso, en los sistemas concentrados aparecen como legitimados activos generalmente órganos públicos, aunque en la actualidad existe una importante tendencia a incorporar como actores del sistema a los jueces ordinarios, e incluso a los particulares, a través de la figura del control incidental de constitucionalidad. Sea quien sea el legitimado activo, lo importante es destacar la actuación rogada y no oficiosa del tribunal constitucional. A su vez, el proceso y el contradictorio desarrollado entre partes en términos de igualdad es esencial para ofrecer a los jueces argumentos que desde diversos puntos de vista abordan el conflicto constitucional. El contradictorio debe constituirse como vía idónea para proveer una defensa de la Constitución, ya sea que esa defensa sea de tipo objetiva o procedimental o bien subjetiva, centrada en la tutela a los derechos fundamentales de los individuos. Razones de respeto del debido proceso o epistémicas aconsejan articular un contradictorio entre partes para que el tribunal constitucional pueda fallar de mejor manera el conflicto constitucional.

Finalmente, suele exigírsele a las sentencias de los tribunales constitucionales que sean fundamentadas y públicas.

Andrés Bordalí Salamanca
Felipe Paredes Paredes

Defensa de la Constitución. Enfoque político

Uno de los debates clásicos de la teoría de la Constitución dice relación con la forma como esta debe ser garantizada. Esto ha dado lugar a una pluralidad de modelos, cuya sistematización más elemental obliga a distinguir entre mecanismos jurídicos y mecanismos políticos de defensa. Esta discusión ha sido planteada con pasión en los círculos académicos, pero también ha tenido importantes implicancias en el diseño institucional en diversos países.

Al respecto, es particularmente célebre la polémica Kelsen-Schmitt acerca de quién debe ser el guardián de la Constitución, durante la época de entreguerras. En realidad, la cuestión no puede ser entendida sin hacer una breve referencia a que detrás de las posiciones defendidas por cada uno de estos autores, lo que hay es una concepción muy diferente acerca del significado de la voz "Constitución". En este sentido, para el primero, la garantía de la Constitución se relaciona con su idea de concebir el ordenamiento jurídico como un sistema de normas ordenadas jerárquicamente, en cuya base se sitúa la norma constitucional, la que cumple el papel de servir de fuente de origen y validez de todo el ordenamiento jurídico. En estas condiciones, lo lógico sería encomendar la defensa de la Constitución a un órgano jurisdiccional, aunque la tesis de Kelsen era encomendar esta función a un tribunal especial, cuya actividad se remitiera únicamente a los aspectos de forma.

Por el contrario, para Schmitt no es correcto concebir a la Constitución como una norma (o un conjunto de normas), sino que ésta más bien se identifica con una decisión política del pueblo, que adquiere conciencia de su existencia colectiva. De este modo, el concepto de Constitución de Schmitt se sitúa en las antípodas del anterior. Si en Kelsen la Constitución es básicamente forma, en Schmitt ésta es esencialmente voluntad pura. Es por esto que para el autor alemán no tiene sentido encomendar la defensa de la Constitución a un órgano jurisdiccional, pues esta es una tarea eminentemente política de defensa de la unidad nacional, no habiendo nada imparcial en ella. En consecuencia con lo anterior, propone que es el presidente del *Reich* el órgano más adecuado para defender la Constitución y no un tribunal constitucional.

Luego de la Segunda Guerra Mundial el debate se consideró superado, toda vez que las Constituciones que se redactaron en aquella época se decantaron por el modelo de control jurisdiccional defendido por Kelsen, aunque con algunas modificaciones, dejando de lado las ideas de Schmitt, por considerarlas próximas al pensamiento autoritario. De esta manera, en el contexto de los países del *civil law* primó la idea del control jurídico de la Constitución, abandonándose la idea de que la Constitución podía ser tutelada por un órgano de naturaleza política. Sin perjuicio de lo anterior, como una excepción que confirmaba la regla, se solía citar al constitucionalismo inglés, el que durante siglos había estado esencialmente informado por el principio de soberanía del parlamento, y que por lo tanto carecía de control jurisdiccional de la Constitución. En todo caso, las circunstancias presentes en el país insular eran muy diferentes del resto de Europa: una Constitución consuetudinaria y un sistema parlamentario que contaba con siglos de evolución hacían allí poco aplicables los insumos de un debate que se había generado en países de habla alemana y de profunda tradición jurídica romano-canónica.

Sin perjuicio de lo anterior, durante la segunda mitad del siglo XX comienzan a surgir cada vez con más fuerza críticas hacia la jurisdicción constitucional, lo que hará reflotar posteriormente el debate acerca de la conveniencia de una defensa política de la Constitución. La cuestión, si bien fue planteada originalmente en EEUU, puede ser transportada a los países del *civil law* sin problemas. Hay que recordar que en EEUU el debate acerca de quién debía ser el guardián de la Constitución quedó saldado tempranamente

con la sentencia Marbury *v.* Madison en 1803. La primera formulación exitosa de estas críticas está en el libro de Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch,* el cual se convirtió en la obra más citada del derecho constitucional estadounidense durante el siglo XX. En síntesis, la objeción trae causa en el acusado activismo de la Corte Suprema de dicho país durante dos periodos distintos: la *Lochner Era,* en la que los conservadores jueces anularon sistemáticamente la legislación social durante las dos primeras décadas del siglo XX, y la Civil Rights Revolution, donde, por el contrario, la progresista Corte Warren declaró inconstitucional una serie de leyes que permitían la segregación racial. En ambos casos, Bickel observó que en la actividad de control de constitucionalidad se producía generalmente una sustitución de la decisión del legislador, órgano que encarna la democracia representativa, por parte de un tribunal que no posee ningún tipo de legitimación popular.

Este debate volvió a resurgir con toda fuerza durante la década de 1990, justamente cuando en el Reino Unido se discutía la adopción de una declaración de derechos y la creación de un mecanismo de control jurídico de constitucionalidad. En este contexto, fue Jeremy Waldrom quien defendió con mayor fuerza la idea de mantener una defensa política de la Constitución, fundándose en que los derechos fundamentales están mejor protegidos en países que no permiten a los tribunales invalidar la legislación. La razón está dada porque muchos de los conceptos contenidos en las Constituciones tienen un evidente contenido moral, y debido a que en cuestiones de dicha naturaleza normalmente reina un profundo desacuerdo entre personas razonables, es mejor dejar la decisión de asuntos tales como como aborto, eutanasia o acciones afirmativas, a las instituciones de la democracia representativa, que si bien no aseguran la corrección de la decisión (como tampoco lo hacen los tribunales), sí le reconocen al ciudadano la calidad de agente moral autónomo.

En síntesis, a pesar de que en la actualidad la defensa jurídica de la Constitución es la regla general, el debate no está cerrado, y no en vano importantes autores defienden que la defensa de la Constitución debe tener lugar en los parlamentos y no en los tribunales. Por otra parte, algunos países han optado por sistemas mixtos de defensa de la Constitución, o en palabras de Mark Tushnet, "formas débiles de revisión judicial". Al respecto, los casos más conocidos son Canadá y el mismo Reino Unido, que permiten a los órganos legislativos responder frente a una sentencia que anula o inaplica una ley. Así, por ejemplo, en el caso canadiense, de acuerdo con la sección 33 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, el Parlamento puede expresamente aprobar una ley para revocar una interpretación de la Corte Suprema.

Andrés Bordalí Salamanca
Felipe Paredes Paredes

Defensa de la Constitución local

Las Constituciones democráticas de nuestros días mantienen la necesidad de expresar el sistema de relaciones políticas, sociales, económicas y culturales que se desarrollan al interior de una sociedad determinada, pero se caracterizan esencialmente por su condición de normas jurídicas vinculantes

y plenamente exigibles frente a todos los poderes públicos e, incluso, frente a los particulares.

La Constitución, como norma jurídica vinculante, se ha desarrollado a partir de la previsión de un conjunto de instrumentos dirigidos a tutelar la supremacía y fundamentalidad de sus prescripciones. Estos instrumentos, de conformidad con la doctrina más calificada, son de carácter jurídico y procesal, preventivo o reparador, y tienen como propósito limitar al poder y hacer que sus manifestaciones discurran por los cauces definidos por la propia norma constitucional, y frente a su vulneración o desconocimiento, activar los instrumentos procesales que permitan la reintegración del orden constitucional.

Los mecanismos de carácter reparador conforman lo que hoy se conoce como "protección de la Constitución", mientras que los de carácter procesal conforman el apartado de "garantías constitucionales".

En el ámbito de Estados que se caracterizan por su alto nivel de descentralización política es frecuente encontrar una dualidad de textos constitucionales, la Constitución que racionaliza la estructura federal del Estado, y aquellas que se erigen en fundamento de validez de los ordenamientos jurídicos de las entidades federativas, y que deben estar en concordancia con la primera. Ambas son Constituciones que se caracterizan por haber emanado históricamente de procesos constituyentes originarios, porque expresan un contenido típico —que consagra el reconocimiento y la tutela de los derechos fundamentales, el reconocimiento del principio democrático de la soberanía popular, la división de poderes, la descentralización política, y la justicia constitucional—, porque se diferencian de las demás normas por el sentido de estabilidad que les confiere el principio de rigidez constitucional, y por su posición al interior del ordenamiento jurídico es de privilegio, dada su condición de norma suprema. En función de ello, es evidente que se ven necesitadas de mecanismos que permitan proteger su contenido y de instrumentos dirigidos a su tutela efectiva.

No existe mejor diseño para la protección de la Constitución que un articulado conjunto de instrumentos, agentes, instituciones y principios dirigidos a la racionalización del poder. Ese diseño se encuentra presente en las Constituciones estatales, porque su aparición y posterior evolución ha permanecido anclado en las premisas del constitucionalismo liberal, que tiene en la limitación del poder a unos de sus postulados esenciales. Precisamente por ello, este tipo de Constituciones reconocen el principio de división de poderes en su dimensión externa —relaciones entre poderes del Estado—, e interna —vínculos entre la mayoría y la minoría, entre el gobierno y la oposición— como el principal instrumento para la moderación de las expresiones de la potestad estatal, y a los principios de supremacía y rigidez constitucionales como mecanismos de garantía normativa de sus postulados y herramienta de armonización de las exigencias de cambio y permanencia de su contenido.

Las Constituciones estatales fortalecen su legitimidad y consecuentemente su respeto a través de los ámbitos de participación que disponen en favor de los grupos sociales representativos de la sociedad, y del espacio institucional que garantizan a los partidos políticos. Entre mayor equilibrio existe entre los

ámbitos de participación política directa de los ciudadanos y el espacio reservado a la representación político-partidista, y más amplias vertientes para la toma de las decisiones colectivamente vinculantes, más desconcentrado estará el poder. No obstante, esa delimitación no garantiza *per se* que no se presenten conflictos derivados del acceso al ejercicio del poder. Por el contrario, los conflictos electorales son un rasgo de la democracia pluralista de nuestros días, y el establecimiento de mecanismos de solución de los mismos constituye un elemento habitual para ofrecer conductos institucionales para la resolución de disputas políticas. En este aspecto, México ha avanzado sustancialmente al establecer un modelo plenamente judicial de resolución de conflictos electorales, caracterizado porque cada estado de la República cuenta con un tribunal electoral de naturaleza autónoma o bien incorporado al Poder Judicial en calidad de tribunal o de sala especializada en materia electoral.

Los medios de protección de las Constituciones abarcan también al conjunto de disposiciones sobre el régimen económico y financiero, que tienen como propósito hacer realidad los postulados de la justicia social.

Frente a estos contenidos esenciales para el respeto del orden constitucional y la prevención de su vulneración se han desarrollado mecanismos que actúan una vez producida alguna violación con objeto de resarcirla. Es así que sobre la estela de las garantías desarrolladas para la tutela del orden constitucional general o nacional se han implementado distintos instrumentos para la específica garantía de las Constituciones estatales.

En México, en particular, se han creado tribunales constitucionales *ad hoc* para la tutela de la Constitución estatal, o bien se ha confiado su garantía al órgano cúspide de la organización judicial o a una específica sala constitucional. Igualmente, se ha establecido un abigarrado conjunto de instrumentos procesales para la salvaguarda de los derechos humanos, la protección de la división de poderes en sus vertientes horizontal y vertical, la regularidad del ordenamiento jurídico, la omisión inconstitucional del legislador, el control previo de constitucionalidad, y la cuestión de inconstitucionalidad, todo ello en sistemas de control de constitucionalidad, que de manera reciente han evolucionado hacia sistemas de naturaleza mixta, que hacen convivir modalidades de control concentrado con un renovado control difuso de constitucionalidad producto de la reforma constitucional de junio de 2011 y de los recientes desarrollos jurisprudenciales de nuestro máximo tribunal (véase voz "justicia constitucional local").

César Astudillo

Defensor

Vocablo que proviene del latín *defendere,* que tiene la connotación de rechazar, proteger o resguardar, por lo que hace referencia a la persona que realiza esa acción a favor de sí mismo o de otro. La amplitud del significado se ve restringida, no obstante, según las circunstancias: así, en el derecho penal sustantivo se habla de la legítima defensa propia y a favor de tercero, según se despliegue la acción de proteger de la lesión a bienes jurídicos pertenecientes al mismo

sujeto u otro de una agresión, ya sea para hacerla cesar o para evitar que se presente cuando es inminente.

Pero es en el campo de los procedimientos en donde el concepto adquiere amplia relevancia para denotar a la persona que actúa, alega o representa a otra que es sujeto o parte en un procedimiento.

García Ramírez (*Curso de derecho procesal penal*), hace una interesante referencia de la figura del defensor en Grecia, Roma y otros países, y cómo fue incorporándose en las legislaciones occidentales. Resulta interesante lo que señala Mommsen: "La defensa originaria fue, a no dudarlo, la audefensa, y esta autodefensa, sin asistencia jurídica ajena, y sobre todo, como concurrente con la asistencia jurídica ajena, fue cosa que se conoció en todas las épocas. Pero, además de ella y al lado de ella, apareció desde bien temprano el procurador o agente, el patronus, de una manera esencialmente idéntica como apareció en el procedimiento civil" (*Derecho penal romano*).

Como sea que fuere, es el campo de los procedimientos penales en el que la figura del defensor del acusado se ha convertido en una exigencia, y a nuestro juicio resulta un imperativo si se considera lo siguiente:

1) En la actualidad, el procedimiento penal asume formas que requieren que una persona letrada en leyes participe a favor del acusado; este, salvo casos de excepción, desconoce las formalidades propias de los actos que constituyen aquél, así como la trascendencia que tienen respecto de su persona.

2) En ocasiones corresponde al acusado probar o acreditar algo relacionado con los hechos que se ventilan en el proceso, debiendo existir alguien que lo asesore, guíe o asuma la tarea de hacer llegar a conocimiento del juzgador los elementos respectivos: *v. gr.* quien invoca haber lesionado como repulsa a una agresión sufrida.

3) El moderno procedimiento penal exige la figura del acusador, representado en la persona de un agente del ministerio público o de un fiscal, quien posee conocimientos técnico-jurídicos en la concreta rama general del derecho penal. La igualdad procesal que debe imperar en el procedimiento criminal exige, pues, que el acusado cuente con alguien que sea poseedor de la misma ciencia. Si no existiera esa paridad de conocimientos entre acusador y acusado-defensor, existiría un desequilibrio procesal, que necesariamente conduciría a resolución injusta en contra del acusado.

Estas cuestiones han obligado a que las Constituciones modernas, de una forma o de otra, exijan la presencia del defensor del acusado dentro de los procedimientos penales bajo una de dos opciones: la designación de un defensor particular o la designación de un defensor del Estado (defensor público o de oficio).

La Constitución Política mexicana respecto del imputado refiere en el art. 20, apartado B, frac. VIII, lo siguiente: "Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público".

Entonces, el que representa al imputado puede ser un defensor particular o un defensor público, y si bien procesalmente tienen los mismos derechos y

obligaciones en juicio, entre ambos existen algunas diferencias. En efecto, el abogado (licenciado en derecho) o defensor particular es de libre elección por parte del imputado, lo cual no quiere decir que el elegido necesariamente deba aceptar el cargo de defensor; por el contrario, el defensor público está obligado a asumir el patrocinio de quienes le correspondan. El defensor particular puede lícitamente renunciar —no abandonar— la defensa, pero defensor público no la puede renunciar, salvo excepcionales casos de impedimentos y excusas. Los servicios del defensor particular en cuanto a su costo están sujetos a lo que se haya acordado; el defensor público no tiene derecho a cobrarle cantidad alguna a su defendido; su remuneración corre a cargo del Estado.

Es relevante hacer un comentario acerca de la libertad de elección de defensor cuando éste es el público. La libertad que tiene el imputado es elegir al defensor público frente al defensor particular, lo cual no quiere decir que pueda elegir dentro del universo de defensores públicos a uno en lo específico, porque los defensores públicos —*v. gr.* los federales— están adscritos a una concreta unidad del ministerio público de la federación, juzgado de distrito o tribunal unitario de circuito, con la finalidad de que asuman la defensa de los casos que se presenten en cada una de las adscripciones, sin que ello implique que no existan casos de excepción.

La calidad profesional y ética del defensor particular o del defensor público es algo que ha llamado la atención de los estudiosos del tema. Sobre este tópico mucho se ha dicho acerca de la colegiación obligatoria para que el respectivo colegio sea el encargado de velar por el actuar profesional y ético del abogado. En México, respecto de los defensores particulares no existe una instancia específica que tenga atribución en el tema; sin embargo, en materia federal los defensores públicos están sujetos a requisitos de ingreso, de supervisión y de evaluación que, en su conjunto, implican una verdadera certificación de su capacidad, además de estar sujetos a la responsabilidades de índole administrativa que prevé la ley de la materia por faltas en su actuar.

Una reflexión es la referente a que día con día, por las condiciones económicas que privan en el país, más personas acuden a los servicios legales gratuitos, entre ellos los de índole penal. Así las cosas, el art. 17 constitucional, en el penúltimo párrafo, dispone: "La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores".

Instrumentos internacionales de los que México es parte contemplan directa o indirectamente la defensa en materia penal. "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa" (art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos); "Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección" (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14, 3. b), y "Toda

persona inculpada de delito tiene derecho… a las siguientes garantías mínimas: d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección o de comunicarse libre y privadamente con su defensor; derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley" (Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica, art. 8.2.d) y e)", entre otros.

A propósito de "garantías necesarias para su defensa", del principio de contradicción dentro del proceso penal y de la igualdad entre las partes, Ferrajoli (*Derecho y razón*) señala la defensa, esto es, el acusado y su defensor deberían contar con iguales recursos técnicos y materiales con los que cuenta el acusador.

La figura del defensor penal no debe ser confundida con servidores públicos, cuya misión es proteger a los ciudadanos de las arbitrariedades de las autoridades públicas: el *Ombudsman* (Defensor del pueblo), porque éste no representa en juicio penal a una persona en lo particular ni asume los deberes y derechos de un defensor.

María Teresa Pérez Cruz

Defensor del pueblo

Entre las garantías institucionales extrajudiciales se encuentra el Defensor del Pueblo (DP), un órgano cercano a los ciudadanos, creado para tutelar los derechos de los particulares vulnerados por una *mala gestión* de las autoridades administrativas públicas, que ha sido definido como "un paladín de los derechos y libertades en la sociedad moderna" (P. Carballo Armas).

Esta institución tiene su origen en la Constitución sueca de 1809, aunque una figura de *controlador* de la administración pública, en ausencia del rey, se remonta a 1713, en el Reino Unido (el *Chancellor of Justice*).

Rápidamente se difundió en todos los países escandinavos, y en la mayoría de los casos fue incorporado a las Constituciones (la finlandesa de 1919, la danesa de 1953...). En estos países el DP es una realidad enraizada en la práctica política y enmarcada en el contexto institucional; los ciudadanos confían en él, y los titulares del cargo gozan de prestigio y autoridad.

La experiencia escandinava, y en particular la sueca, ha contribuido a la creación de un modelo que al final de la Segunda Guerra Mundial ha circulado en los ordenamientos europeos y en muchos extraeuropeos, con ligeros matices en cuanto a sus competencias.

Algún estudioso contrapone a ese arquetipo un modelo anglofrancés, que se puede resumir en los casos del *Parlamentary Commissioner* británico (creado por el Parlamentary Commissioner Act 1967 para investigar sobre los casos de mala administración a instancia de parte, denunciados por los miembros del Parlamento) y del antiguo *Médiateur* (*de la Republique*) francés (nombrado por el gobierno y con la reforma constitucional de 2008 sustituido por el *Défenseur des droits*, nombrado por el presidente de la República con el consentimiento de las dos Cámaras). No parece que las dos experiencias puedan concretar

un modelo que contraponer al sueco, sino dos instituciones con finalidades similares al *Ombudsman* sueco, organizadas de manera peculiar y con menores garantías de independencia.

Un factor determinante para la creación del DP fue la expansión de la actividad de la administración pública en la posguerra, debida a la asunción de nuevos servicios públicos típicos del Estado social. Así, se ampliaron los conflictos entre la administración, y los administrados y fue necesario establecer mecanismos de control ulteriores respecto a los clásicos para la protección de los administrados. Es por eso que esta institución se difundió tan rápidamente en todo el mundo; su "dimensión universal" está comprobada por la creación en 1978 del International Ombudsman Institute (IOI), la única organización global para la cooperación entre más de 150 instituciones de DP (mucho más activas son otras organizaciones "regionales", como la Federación Iberoamericana de Ombudsman, que agrupa a los 18 DP de ámbito nacional existentes en la región y acoge en sus reuniones también los DP de las entidades territoriales).

Esta institución se ha consolidado en las democracias representativas modernas, extendiéndose también "hacia arriba" (a nivel comunitario) y "hacia abajo" (a nivel regional y local, también en ausencia de un DP estatal, como en Italia, Alemania, Canadá). En 1979, el Parlamento Europeo propuso la creación, en su seno, del Defensor del Pueblo Europeo; el Tratado de Maastricht lo institucionalizó en 1992 con la tarea de investigar e informar sobre los casos de mala administración en las instituciones y órganos de la Unión Europea (con la excepción del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia). Solo en 1995 el Parlamento Europeo nombró al primer DPE (con sede en Estrasburgo). Al DPE le incumbe dar forma al vago derecho a una buena administración enunciado en el art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incorporada en el Tratado de Lisboa.

En algunos Estados descentralizados la figura del DP regional y local se suma a la habitual del DP nacional o estatal, e incluso del DP europeo, lo que puede ocasionar serios problemas de competencia, duplicidades administrativas y confusión en los ciudadanos: por ejemplo, en España, un ciudadano de Marbella puede acudir en defensa de sus derechos ante el Defensor del Ciudadano del Ayuntamiento de Marbella, ante el Defensor Ciudadano de la diputación provincial de Málaga (provincia a la que pertenece Marbella), ante el DP andaluz (dado que la provincia de Málaga pertenece a la comunidad autónoma de Andalucía), ante el DP español y ante el DP europeo. El éxito cosechado por los DP y la buena imagen de la que gozan ante la ciudadanía, o quizá tal vez el afán por reproducir las instituciones propias de un Estado, llevó en las décadas pasadas a la proliferación de defensores regionales y locales. Sin embargo, en la actualidad esta tendencia se ha invertido como consecuencia de la política de disminución del gasto público (como en Italia, donde los defensores cívicos del ayuntamiento no trabajaron con éxito y fueron suprimidos en 2010).

Hoy, a la misma figura corresponden nombres diferentes con connotaciones semánticas, que abarcan el concepto de tutela de los derechos y de mediación entre el ciudadano y la administración pública: *Ombudsman* en Suecia,

Difensore civico en Italia, *Volksanwaltschaft* en Austria, *Ombudsmans Parlementaires/Parlamentarischen Ombudspersonen/Difensore civico parlamentare* en Suiza, *Provedor de Justiça* en Portugal, Defensor de los Habitantes (Costa Rica), Procurador de los Derechos Humanos (Guatemala, El Salvador y Nicaragua), Comisionado o Comisión de Derechos Humanos (Honduras y México)...

A pesar del nombre, esta institución se caracteriza por las siguientes características comunes, dicho con el lenguaje del comparatista, por unos elementos determinantes, que se encuentran en las leyes institutivas, como son: la autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones y la falta de mandato imperativo; la tutela de los derechos alternativa a los remedios clásicos; el impulso para mejorar las prácticas de la administración pública.

Con relación a la estructura, el DP puede ser un órgano unipersonal o colegial (con los adjuntos); es nombrado por el Parlamento, del cual representa una *longa manus* en la tutela de los derechos de los administrados, y a quien debe dar cuenta de la actividad desplegada con un informe anual (la abundante documentación producida permite un análisis anual de la situación de los derechos en el país); los miembros tienen que cumplir con unos requisitos en el momento de la elección (ejemplo ciudadanía; pleno disfrute de los derechos civiles y políticos, a veces conocimientos jurídicos, etcétera) y durante el mandato (las leyes institutivas prevén algunas causas de incompatibilidad con el cargo de DP).

Con relación a las competencias, el DP puede desempeñar funciones de supervisión-control (de la actividad de la administración pública, atendiendo tanto a parámetros legales como no legales) o de reparación, accediendo a los documentos públicos y pidiendo la colaboración de las instituciones controladas (este procedimiento de mediación es lo que habitualmente se pide al DP).

El DP ofrece a los ciudadanos una vía rápida y poco formalizada para llevar a las instituciones sus quejas ante el mal funcionamiento de la administración pública (trámite de presentación de las quejas sencillo, gratuito y sin necesidad de asesoramiento jurídico).

La investigación del DP termina con una decisión jurídicamente no vinculante ni recurrible y con la comunicación al interesado del resultado de la misma, así como la respuesta obtenida de la administración, además de una serie de recomendaciones o propuestas de reformas normativas, de adopción de medidas concretas o de rectificación de los criterios empleados por la administración, según los casos analizados. Sus decisiones tienen un valor persuasivo.

En algunos casos el DP tiene la legitimación para interponer los recursos de inconstitucionalidad (normalmente, objeto del recurso son leyes importantes para garantizar los derechos de los ciudadanos), de amparo, hábeas corpus, hábeas data ante el Tribunal Constitucional.

Esto ocurre en la mayor parte de los países latinoamericanos, y cuando no está previsto, expresamente una concepción generosa de la legitimación también permitiría hacerlo. Además, en Latinoamérica, muchos países han añadido competencias ulteriores respecto al prototipo europeo-español en el cual se inspiraron (se trata de la promoción de los derechos humanos y de la educación en derechos humanos, dos tareas que confirman la propensión de

las actividades de los DP cada vez más hacia la garantía global de los derechos humanos).

La experiencia latinoamericana confirma la progresiva difusión de la institución del DP y la progresiva mutación de su rol: de controlador (de la legalidad) de la administración pública a tutor y promotor de los derechos (no solo de los consolidados derechos civiles y políticos, sino de nuevas situaciones subjetivas y de algunas categorías de sujetos desfavorecidos o tradicionalmente discriminados).

Giorgia Pavani

Defensor indígena (lengua y cultura)

Es quien representa en juicio o procedimiento los intereses y derechos individuales o colectivos de una persona o pueblo indígena, con la característica fundamental e imprescindible que debe conocer y comprender la lengua, cultura y demás especificidades del grupo social o persona que representa, con el propósito de que los actos de defensa se realicen a partir de la cosmovisión particular de la persona o comunidad indígena.

El defensor indígena concebido en el marco de una defensa adecuada no se agota en contar con un intérprete o traductor; implica garantizar que la persona indígena en todo momento del juicio o procedimiento se encuentre asistida de un defensor que le explique y asesore los alcances de los actos jurídicos en los que interviene. Según criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ámbito penal inicia desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible —fase de investigación— y culmina cuando finaliza el proceso, o en su caso, hasta la etapa de ejecución de la pena.

El derecho de contar con un defensor indígena se concibe como un derecho fundamental, que puede ser analizado como un prisma; primeramente como un derecho irrenunciable, que es condición y esencia de todo acto jurídico en un Estado constitucional y democrático de derecho; como una obligación del Estado a garantizar que en todo procedimiento judicial o administrativo las personas tengan una defensa adecuada —técnica— la cual debe ser efectiva, y como un derecho de las personas a poder designar a un defensor para que las asesore o defienda en juicio o procedimiento. Así, la falta de defensa equivale a un desequilibrio procesal, que deja a la persona sin tutela frente al ejercicio del poder. El derecho de defensa se relaciona con el tema de la legitimidad de las resoluciones, pues es condición para la validez de una resolución judicial o administrativa que a las partes se les reconozca y respete ese derecho. Desde la perspectiva de un juicio justo, el derecho de defensa se concibe como la obligación del Estado de proporcionar un letrado y el derecho de la persona a contar con un asesor técnico que se encargue de una defensa adecuada.

La existencia del defensor indígena tiene como propósito reducir la distancia cultural que opera de facto entre la persona o grupo indígena en relación con las reglas de un sistema judicial inspirado en códigos que no consideran a determinadas minorías culturales.

Así, en todos los juicios o procedimientos en que una persona indígena sea parte de manera individual o colectiva, el operador jurídico está obligado a juzgar a partir de la cosmovisión indígena.

El ejercicio pleno del derecho de defensa, desde la perspectiva indígena, implica atender a las costumbres y características culturales de cada etnia o comunidad indígena (dependiendo de cada legislación estadual, podrán considerarse dictámenes para conocer la cultura, tradiciones y costumbres especiales de cada comunidad) siempre y cuando no sean incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos en el estándar del derecho internacional de los derechos humanos ni de los constitucionalmente reconocidos por cada Estado.

Para la comprensión del derecho de defensa en la perspectiva indígena, debe decirse que se considera como tal a aquella persona que se adscriba y autorreconozca como indígena —criterio de conciencia de identidad—; esto es, que asuma como propios los rasgos sociales y las pautas culturales que caracterizan a los miembros de esas comunidades; la calidad indígena de una persona se acredita con su sola manifestación, de manera que el tema del lenguaje no es condición para considerar a una persona indígena, ya que se debe atender a su cosmovisión a partir de una diversidad cultural y de un criterio basado en diferencias no solo culturales o económicas, sino en relación con el acceso para ejercer sus derechos. Así, el derecho se basa en un modelo de respeto a las diferencias culturales.

Para la Organización de las Naciones Unidas, las poblaciones indígenas se llaman también "primeros pueblos", "pueblos tribales, aborígenes y autóctonos". El día nueve de agosto es considerado como el Día Internacional de los Pueblos Indígenas. Entre los instrumentos internacionales más relevantes se encuentran la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Diversidad Biológica. En el estándar internacional deben considerarse las costumbres, tradiciones, el sistema jurídico nacional del estado en el que ocurran los hechos o se ventile la controversia, la regulación jurídica indígena en particular y las normas del sistema internacional de los derechos humanos. Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, se destaca que en la medida en que sea compatible con el sistema jurídico nacional e internacional, deben respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para solucionar las controversias entre sus integrantes.

En todo proceso judicial o administrativo es obligación de las autoridades pronunciarse en torno al reconocimiento de la calidad indígena de alguna de las partes que intervengan en el proceso; de igual forma, es obligación indagar respecto cuáles son las costumbres y especificidades de la comunidad a la que se vincula la persona y que en todo caso hayan podido influir en el desarrollo

de los hechos materia de litigio; además, deben considerarse las diferentes normas de fuente estatal aplicables, así como las específicas que pueden existir en la comunidad cultural de la persona, e incluso advertirse sus costumbres y tradiciones, para entender su cosmovisión. En este contexto, las personas indígenas no se encuentran en un grado de excepción respecto de las demás partes en un proceso, sino que lo trascendente es analizar los planteamientos jurídicos desde la cosmovisión de la persona indígena, considerando sus costumbres, tradiciones, cultura y demás aspectos particulares; es decir, se juzga desde la diferencia, respetando los derechos humanos y la multiculturalidad.

En cuanto al derecho comparado, diversas Constituciones contienen pronunciamientos a derechos indígenas, entre las que destacan: Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, México, Panamá, Paraguay, Venezuela, Rusia, Noruega, Finlandia, Sudáfrica (en su Constitución no se utiliza el concepto indígena, sino el de comunidades culturales, religiosas y lingüísticas).

Graciela Rocío Santes Magaña
José Artemio Zúñiga Mendoza

Democracia constitucional

La democracia constitucional es un modelo de organización estatal que adquirió forma después de la Segunda Guerra Mundial y que fue cobrando fuerza como paradigma de organización política ideal —y, en algunos países, real— en Occidente. Este modelo de organización persigue dos objetivos analíticamente distintos: limitar el poder político y, al mismo tiempo, distribuirlo entre los ciudadanos, sobre la base de una garantía efectiva de los derechos fundamentales —de libertad (civiles), políticos y, sobre todo, sociales— de los individuos que integran la colectividad política. Desde un punto de vista de diseño institucional, para lograr ese objetivo el modelo reúne los siguientes elementos:

a) La existencia de una Constitución —preferentemente escrita—, que es la norma suprema del ordenamiento jurídico y político, y cuyo contenido está protegido mediante la garantía de la rigidez (que es un procedimiento agravado, diferente al que se requiere para modificar las leyes ordinarias, para poder reformar el contenido de la Constitución). Esto último tiene como finalidad ofrecer estabilidad a las normas constitucionales, lo cual es un elemento que contribuye a la seguridad jurídica. El documento constitucional puede incluir como parte de su contenido a normas provenientes de otros ordenamientos, como es el caso de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, dando lugar a lo que se conoce como "bloque de constitucionalidad". Cuando ello sucede, la norma suprema del ordenamiento está compuesta por ese conjunto de elementos normativos;

b) El contenido básico de la Constitución (o del bloque constitucional) es, por un lado, el principio de la separación de poderes (en donde el Poder Legislativo juega un papel más relevante que el Ejecutivo, en cuanto creador de las normas colectivas y principal detentador de la representación política, y el Poder Judicial es el garante último del principio de imparcialidad) y, por el

otro, los derechos fundamentales —sociales, de libertad (civiles) y políticos— de las personas (y sus garantías);

c) Esos derechos constituyen el núcleo sustantivo y el proyecto de justicia ideal que promueve y busca proteger el modelo. Mediante la garantía de los mismos se busca ofrecer a todas las personas un piso de igualdad material y de satisfacción de necesidades básicas (que van desde la alimentación hasta la educación, el trabajo y la vivienda), un amplio catálogo de derechos de libertad y la posibilidad de participar activa y autónomamente en la adopción de las decisiones fundamentales de su colectividad ejerciendo los derechos políticos. Este ideal de justicia tiene sentido práctico cuando las normas constitucionales se traducen, en los hechos, mediante la acción de los diferentes actores políticos y sociales, en políticas públicas que materializan los derechos;

d) Como una garantía del contenido constitucional (sobre todo de los derechos fundamentales), se contempla la existencia de jueces encargados de la delicada función de ejercer el "control de constitucionalidad de las leyes". Es el caso de las cortes, tribunales o jueces constitucionales;

e) Ello supone el abandono del principio que caracterizaba al "estado legislativo de derecho", que consistía en la soberanía del legislador. En la democracia constitucional, las mayorías políticas —por más amplias que éstas sean— están sometidas a la Constitución, y sus decisiones son susceptibles de revisión y control de constitucionalidad. Por ello, la relación entre los derechos fundamentales y la democracia no está exenta de tensiones: los derechos son precondiciones y condiciones para la democracia y, al mismo tiempo, constituyen limitaciones al poder democrático de los ciudadanos. Esto significa que en la democracia constitucional no existen poderes absolutos;

f) El elemento democrático del modelo reside en las instituciones y procedimientos "mínimos necesarios" para la existencia de esta forma de gobierno (voto libre y sin discriminaciones, competencia pluripartista, regla de mayoría, protección de los derechos de las minorías políticas), y requiere, idealmente, de una ciudadanía informada, organizada y vigilante que no limita su participación política al momento electoral;

g) Además, el sistema democrático se articula sobre la base de principios normativos que muestran su dimensión axiológica: igualdad política, libertad positiva, pluralismo, tolerancia, laicidad, etcétera.

Como puede observarse, este modelo incorpora y presupone un nivel muy ambicioso de justicia. Por un lado, incluye los elementos (traducidos en un catálogo de derechos sociales) de un proyecto que, de llevarse a cabo, se traduce en una sociedad equitativa, en la que las necesidades básicas de las personas están satisfechas y, en esta medida, ofrece bases de igualdad de condiciones a todas las personas. Alimentación, vivienda, educación, salud, trabajo, etcétera, son derechos de las personas y, por lo tanto, en obligaciones a cargo del Estado (y también de entidades privadas). La agenda social no es una cuestión secundaria o potestativa, sino que se traduce en un vínculo irrenunciable que *debe* satisfacerse.

Pero esta agenda social —en el marco de este modelo— no puede estar desvinculada ni materializarse sin un amplio conjunto de libertades fundamentales. Desde la libertad de pensamiento hasta la libertad de asociación,

pasando por las libertades de expresión, reunión, tránsito, etcétera, el modelo democrático constitucional incorpora dentro de su proyecto de sociedad justa a los ideales ilustrados de la agenda liberal clásica. La tesis sobre la que descansa el modelo supone que es posible satisfacer las necesidades sociales sin sacrificar las libertades de los individuos para lograrlo. De hecho, se asume que la garantía de los derechos sociales es una precondición para el verdadero ejercicio y disfrute de las libertades modernas. Igualdad y libertad comparecen como ideales que se refuerzan y realizan mutuamente y no, a pesar de las posibles tensiones entre ambos, como bienes irreconciliables e irrealizables conjuntamente.

Finalmente, el modelo incorpora a las instituciones de la democracia, y con ellas recupera y proyecta los mismos principios de la igualdad y la libertad en su dimensión política, y, de esta manera, hace suyo el ideal de la autonomía ciudadana como parte del proyecto de sociedad justa. "Cada persona un voto", "todos los votos valen igual", "cada voto en libertad", etcétera, son enunciados que expresan el ideal democrático de la autonomía política individual. En esta forma de organización, la democracia moderna, con sus principios e instituciones, también forma parte del ideal de justicia. La tesis de que cada persona debe tener el derecho/poder de participar activamente en la adopción de las decisiones colectivas que afectan su vida cotidiana se traduce en mecanismos institucionales concretos de participación política. En paralelo, por medio de la garantía de los derechos de reunión y asociación política se procura que las personas se organicen activamente para influir en otros ámbitos de decisión de la vida colectiva (sindicatos, empresas, universidades, organizaciones no gubernamentales, etcétera).

Los ideales recogidos en los derechos sociales de libertad y políticos se articulan sobre la base de un reconocimiento a la diversidad social y a la pluralidad política. Las diferencias —obviamente, no en el plano económico y, por lo tanto, no las desigualdades— se valoran de manera positiva, y también constituyen elementos del modelo de justicia social entendido en sentido amplio. De ahí deriva toda una agenda de convivencia social basada en las ideas de tolerancia y no discriminación, tolerancia que supone reconocer el derecho de los demás a pensar y vivir de manera diferente a la nuestra y no discriminación, que implica asumir que las personas valen lo mismo en cuanto tales y no por sus preferencias, creencias, características físicas, orientaciones sexuales, pertenencias étnicas, etcétera.

Pedro Salazar Ugarte

Denuncia de juicio político

El término "juicio político" es utilizado para designar el procedimiento para fincar responsabilidad política u oficial a un servidor. Es un procedimiento jurisdiccional, iniciado a partir de una denuncia que puede formular cualquier ciudadano, cuya instrumentación ha sido encomendada al Poder Legislativo, y que tiene por objeto la investigación de las conductas de los servidores de alta jerarquía a que se refieren los dos primeros párrafos del art. 110 de la Constitución federal, a efecto de determinar la responsabilidad política

puesta de manifiesto en dichas conductas y aplicar las sanciones correspondientes.

El proceso relacionado con un juicio político se integra de dos etapas: la primera, de instrucción, que se ventila ante la Cámara de Diputados y sus comisiones (art. 10 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos), y la segunda, de la que conoce la Cámara de Senadores constituida en jurado de sentencia, es propiamente el juicio de responsabilidad (arts. 22 y siguientes de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos), lo que provoca el inicio de la etapa preliminar o de instrucción es una denuncia. En los términos de los arts. 21 y 109, último parrafo, de la Constitución Política, la denuncia puede provenir del Ministerio Público o de un ciudadano.

La denuncia debe ser presentada ante la Secretaría General, que vino a sustituir a la Oficialía Mayor de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en los términos del art. 12 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos; en ella se debe señalar como responsable a uno de los servidores públicos a que hace referencia el art. 110 constitucional.

La denuncia debe ser ratificada por su autor ante la Secretaría General de la Cámara de Diputados dentro del término de tres días que establece el apartado A del art. 12 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. La ley no distingue, aunque debió haberlo hecho: la ratificación debe efectuarse sin importar que la denuncia provenga del Ministerio Público o de un ciudadano.

A la denuncia se deben acompañar los elementos de prueba que permitan presumir la existencia del ilícito (a éste la ley, en forma impropia, lo denomina infracción) y la probable responsabilidad del acusado. Las pruebas admisibles solo son aquellas que prevé el Código Federal de Procedimientos Penales, que es supletoria de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos (art. 45). El que no se cumpla con este requisito da lugar a que la denuncia sea desechada o desestimada por la subcomisión de examen previo.

La denuncia debe estar referida a algunos de los ilícitos a que hacen mención los arts. 110 de la Constitución Política y 6o. y 7o. de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Este requerimiento deriva en una limitante inicial a las acciones de las cámaras de Diputados y de Senadores; ellas, en su función de acusar y juzgar, tienen una competencia limitada en cuanto a la materia.

Existe la posibilidad de que se presente una nueva denuncia en contra del servidor público o de que ella sea ampliada; esto es factible mientras tanto no esté agotada la instrucción (art. 42 de Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos). En esos dos supuestos, sus autores deben ofrecer pruebas. La nueva denuncia o su ampliación se deben hacer ante la Cámara de Diputados, por conducto de su Oficialía Mayor. Es de suponerse que en ambos supuestos debe haber una ratificación dentro de los tres días que sigan a la presentación.

Hecho lo anterior, la denuncia, junto con sus pruebas, debe ser turnada a la subcomisión de examen previo (art. 12, apartado C, de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos); ella, en un plazo no mayor de treinta días.

Dicha comisión deberá determinar:

1) Que de conformidad con el art. 110 de la Constitución, el acusado es uno de los servidores públicos que gozan o gozaron de inmunidad durante el tiempo de su encargo.

2) Que en virtud de lo anterior, con fundamento en el art. 110 de la Constitución, la única competente para juzgar al acusado, en su carácter de servidor público que goza de inmunidad, por violaciones graves a ella o a las leyes federales o por manejo indebido de fondos y recursos federales, es la Cámara de Senadores, constituida en jurado de sentencia, con base en la acusación que, en su caso, le presente la Cámara de Diputados.

3) Que el proceso que se sigue al servidor público se inició dentro del término de su ejercicio o dentro de un año después, por lo que se está dentro del supuesto previsto en el primer párrafo del art. 114 de la Constitución.

4) Que la denuncia formulada no está referida a perseguir expresiones de ideas emitidas por el servidor público, ello para dar cumplimiento a lo dispuesto por el segundo párrafo de la frac. I del art. 109 de la Constitución.

5) Que la denuncia formulada en contra del servidor público y presentada ante la Oficialía Mayor fue formulada por el Ministerio Público o por un ciudadano plenamente identificado; por lo mismo, la autoría de ella es atribuible a un mexicano, y no es anónima, por lo que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto por el art. 9o. de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

6) Que, de conformidad con el Ministerio Público o el denunciante, la conducta delictiva atribuida al servidor público acusado es una de las previstas en los arts. 6o. y 7o. de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

7) Que en el trámite de la denuncia formulada por el Ministerio Público o el denunciante en contra del servidor público se respetó en forma escrupulosa el turno de querellas y denuncias que se lleva en la Cámara de Diputados (art. 31 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos).

De no reunirse alguna de las circunstancias mencionadas, la subcomisión se encuentra facultada para desechar de plano la denuncia presentada, o bien declararla procedente.

Hecho esto, la denuncia pasa a la Sección Instructora, que practicará todas las diligencias para comprobar la existencia de la conducta que se atribuye al servidor público, precisando la personal y específica participación de éste así como las circunstancias en que dicha conducta se produjo.

Informará al denunciado sobre la materia de la denuncia, haciéndole saber su garantía de defensa, y que deberá, dentro de los siete días naturales siguientes a la notificación, comparecer o informar por escrito.

Abrirá un periodo de prueba de 30 días naturales, dentro del cual recibirá las pruebas que ofrezcan el denunciante y el servidor público, así como las que la propia sección estime necesarias.

Si al concluir el plazo señalado no hubiera sido posible recibir las pruebas ofrecidas oportunamente, o es preciso allegarse otras, la Sección Instructora

está facultada para ampliar el término, en la medida en que resulte estrictamente necesaria.

Terminada la instrucción del procedimiento, se pondrá el expediente a la vista del denunciante, por un plazo de tres días naturales, y por otros tantos a la del servidor público y sus defensores, a fin de que tomen los datos que requieran para formular alegatos, que deberán presentar por escrito dentro de los seis días naturales siguientes a la conclusión del segundo plazo mencionado.

Si de las constancias se desprende la inocencia del encausado, las conclusiones de la Sección Instructora propondrán que se declare que no ha lugar a proceder en su contra por la conducta o el hecho materia de la denuncia, que dio origen al procedimiento.

Pero si lo que se desprende es la responsabilidad del servidor público, las conclusiones de la Sección Instructora propondrán lo siguiente:

Que está legalmente comprobada la conducta o el hecho materia de la denuncia; que se encuentra acreditada la responsabilidad del encausado; la sanción que deba imponerse de acuerdo con el art. 8o. de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, y que en caso de ser aprobadas las conclusiones se envíe la declaración correspondiente a la Cámara de Senadores, en concepto de acusación, para los efectos legales respectivos.

Las conclusiones contendrán, asimismo, las circunstancias que hubieran concurrido en los hechos; una vez emitidas las conclusiones, la Sección Instructora las entregará a los secretarios de la Cámara de Diputados para que den cuenta al presidente de la misma, quien anunciará que dicha Cámara debe reunirse y resolver sobre la imputación, dentro de los tres días naturales siguientes.

El día señalado para que la Cámara de Diputados se reúna y resuelva sobre la imputación se erigirá en órgano de acusación, previa declaración de su presidente. En seguida, la Secretaría dará lectura a las constancias procedimentales o a una síntesis que contenga los puntos sustanciales de éstas, así como a las conclusiones de la Sección Instructora. Acto seguido, se concederá la palabra al denunciante, y en seguida al servidor público o a su defensor, o a ambos si alguno de éstos lo solicitara, para que aleguen lo que convenga a sus derechos. El denunciante podrá replicar y, si lo hiciera, el imputado y su defensor podrán hacer uso de la palabra en último término. Retirados el denunciante y el servidor público y su defensor, se procederá a discutir y a votar las conclusiones propuestas por la Sección Instructora.

Si la Cámara de Diputados resolviera que no procede acusar al servidor público, éste continuará en el ejercicio de su cargo. En caso contrario, se le pondrá a disposición de la Cámara de Senadores, a la que se remitirá la acusación, designándose una comisión de tres diputados para que sostengan aquélla ante el Senado.

Una vez recibida en la Cámara de Senadores la acusación en el juicio político, se turnará a la Sección de Enjuiciamiento, la que emplazará a la Comisión de Diputados encargada de la acusación y al acusado y a su defensor. Ello para que presenten por escrito sus alegatos dentro de los cinco días naturales siguientes al emplazamiento.

Con alegatos o sin ellos, la Sección de Enjuiciamiento debe emitir sus conclusiones tomando en cuenta las consideraciones hechas en la acusación y los alegatos que en su caso se hubieran formulado, proponiendo la sanción que en su concepto deba imponerse al servidor público y expresando los preceptos legales en que se funde.

La Sección de Enjuiciamiento tiene la atribución de escuchar directamente a la Comisión de Diputados que sostiene la acusación y al acusado y su defensor.

La Sección de Enjuiciamiento podrá disponer la práctica de otras diligencias que considere necesarias para integrar sus propias conclusiones.

Emitidas las conclusiones, la Sección de Enjuiciamiento las entregará a la Secretaría de la Cámara de Senadores.

Recibidas las conclusiones por la Secretaría de la Cámara de Senadores, su presidente anunciará que debe erigirse ésta en jurado de sentencia dentro de las 24 horas siguientes a la entrega de dichas conclusiones, procediendo la Secretaría a citar a la Comisión de Diputados que sostiene la acusación y al acusado y a su defensor.

En la fecha y hora señaladas para la audiencia, el presidente de la Cámara de Senadores la declarará erigida en jurado de sentencia, la Secretaría dará lectura a las conclusiones formuladas por la Sección de Enjuiciamiento.

A continuación, se concederá la palabra a la Comisión de Diputados, al servidor público o a su defensor, o a ambos. Concluido lo anterior, se retirarán el acusado y su defensor, pero permanecerán los diputados en la sesión, pues en seguida se procederá a discutir y a votar las conclusiones y a aprobar los que sean los puntos de acuerdo, que en ellas se contengan. Una vez que se tenga una determinación, el presidente hará la declaratoria que corresponda.

La decisión que emite el Senado en materia de juicio político al erigirse en jurado de sentencia, es un acto meramente judicial por la obligación de observar las formalidades y solemnidades del procedimiento, el que sigue siendo judicial en cuanto a los motivos en que se funda, pero administrativo en cuanto a su objeto. Si la resolución que se dicte en el juicio político es condenatoria, se sancionará al servidor público con destitución. También podrá imponérsele inhabilitación para el ejercicio de empleos, cargos o comisiones en el servicio público desde uno hasta veinte años.

Manuel González Oropeza

Derecho a la alimentación

Por derecho a la alimentación se entiende el derecho a tener acceso, de manera regular y permanente, a una alimentación adecuada, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo. Estos dos perfiles diferentes del derecho a la alimentación implican el derecho fundamental del individuo a un acceso suficiente a una alimentación segura; es decir, sin riesgos para su salud. En este sentido, podemos decir que cada persona tiene derecho a la seguridad alimentaria, entendiendo por esta un derecho bidimensional, que comprende tanto el perfil del acceso, la llamada *food security*, cuanto el derecho a consumar un alimento que sea sano, lo que se llama *food safety*. En las fuentes jurídicas, el

derecho a la alimentación se encuentra tradicionalmente afirmado asociado a una vida física y psíquica satisfactoria y digna, entonces como *food security* y solo recientemente ha sido reconocido también el perfil de *food safety*.

Derecho a la alimentación (derecho internacional). A nivel internacional, el derecho fue reconocido por primera vez en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuyo art. 25.1 afirma que "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación (...)".

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 ha consagrado el derecho la alimentación, en su art. 11.1, en el que afirma: "(...) el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia (...)". Mas específicamente, el art. 11.2, consagra "el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre". A estos efectos, se establece, además, que los Estados partes del Pacto adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para: a) "Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales; b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan".

En 1999, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó la observación general 12, con la que interpretó sus obligaciones en detalle. El derecho ha sido reconocido, además, en varios otros documentos internacionales *ad hoc*, como la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24.2.c) y art. 27.3), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 12.2), o la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 25.f), y art. 28.1).

El derecho a la alimentación ha sido también reconocido por distintos instrumentos regionales, aunque no como derecho autonómo, siendo afirmado más o menos explicítamente como uno de los perfiles mencionado en el marco de la protección de otros derechos, y esencialmente del derecho a la vida, a la salud o a la educación. Es este el caso de los siguientes documentos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, también conocida como "Pacto de San José" (art. 4, "derecho a la vida" y art. 5, "derecho a la integridad personal"), y su Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el llamado "Protocolo de San Salvador", de 1988 (art. 10, "derecho a la salud"); la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, de 1990, (art. 5, "supervivencia y desarrollo", art. 11, "educación" y art. 14, "salud y servicios médicos"); el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Mujeres en África, de 2003. Varias son, además, las fuentes de derecho internacional no vinculantes que afirman el derecho, como las Directrices vo-

luntarias adoptadas en 2004 por todos los estados miembros de la FAO para realizar progresivamente el derecho a la alimentación.

Derecho a la alimentación (derecho europeo). En el marco europeo, que es siempre un ámbito regional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950, no hace una referencia explícita a un derecho a la alimentación, pero goza indirectamente de la protección ofrecida a otros derechos, y principalmente el derecho a la vida (art. 2) y la prohibición de la tortura (art. 3).

Asimismo, por los Estados miembros de la Unión Europea, la Carta de Derechos Fundamentales, aunque no mencionando el derecho a la alimentación, consagra toda una serie de principios que lo incluyen como proyección del bien jurídico que estos mismos expresamente protegen, es decir: la dignidad humana (art. 1), el derecho a la vida (art. 2), el derecho a la integridad de la persona (art. 3) y la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes (art. 4). Ademas de este perfil implícito de protección de la alimentación como *food security*, la Unión Europea prevé también una perspectiva explícita y acentuada de *food safety*, y, con el reglamento n. 178/02 ha consagrando claramente el derecho a la seguridad alimentaria, que goza de protección también en vía de precaución, dando así lugar a una rama completamente nueva de derecho de la Unión Europea, y, por el principio de supremacía, también del derecho interno de los Estados miembros, que es el derecho alimentario.

Derecho a la alimentación (derecho comparado). Si se hace un análisis comparado sobre la afirmación del derecho en las Constituciones nacionales, incluidos los Estados que contemplan las citadas normas internacionales en materia de protección del derecho en su "bloque constitucional", y por consecuencia deben cumplir con ellas, señalamos la existencia de dos categorías: por un lado, la categoría de los Estados que no incluyen el derecho a nivel constitucional y, por otro lado, la de los Estados que hacen una referencia explícita al derecho. La decisión de reafirmar explícitamente el derecho en el texto de su Constitución corresponde, en este caso, al deseo de reafirmar aún más su fuerza en el plano interno. En esta segunda categoría todavía hay que matizar entre las Constituciones que afirman el derecho de forma general y las que lo prevén tanto de manera general como con respecto a ciertos grupos particularmente vulnerables de la población.

En el primer grupo se colocan la Constitución de Bolivia (art. 16), Bangladesh (art. 15 y art. 18), Congo (art. 34), Etiopía (art. 90), Haití (art. 22), India (art. 47), Malawi (art. 13), México (art. 4 y art. 27), Nicaragua (art. 63), Nigeria (art. 16), Pakistán (art. 38), República Dominicana (art. 8), República Islámica de Iran (art. 5 y art. 43), Rusia, Sri Lanka (art. 27), Ucrania (art. 48) y Uganda (art. 14).

En el segundo grupo es posible incluir las Constituciones que hacen una mención específica del derecho con respecto a ciertos grupos particularmente vulnerables de la población, como la Constitución de Paraguay, con relacion a los niños, que tienen derecho a que la familia, la sociedad y el Estado garanticen una protección contra la desnutrición (art. 54), y las personas de tercera edad, que gozan de una protección integral a cuyo efecto la familia, la sociedad y los poderes públicos promoverán su bienestar mediante servicios asis-

tenciales que se ocupen de sus necesidades de alimentación, salud, etc. (art. 57). La misma actitud de Paraguay es adoptada por Brasil (art. 227), Colombia (art. 44), Guatemala (art. 51 y art. 99) y Cuba (art. 9.b). La Constitución de Ecuador, de 2008, afirma el derecho para todos los ciudadanos (art. 23.20 y art. 42) y también con referencia a algunas categorías (art. 43, art. 49 y art. 50), además, combinando ambos aspectos *security* y *safety* del derecho. En esta misma categoría se puede colocar la Constitución de Sudáfrica (arts. 27 y 28).

Derecho a la alimentación (jurisprudencia). Hay pocos casos que tratan específicamente del derecho de la alimentación y que reconocen su justiciabilidad, tanto a nivel constitucional que en un marco más amplio de protección del derecho.

En el ámbito nacional, destaca una sentencia de julio 2013, que condena por omisión al Estado de Guatemala por no garantizar el derecho a la alimentación de cinco niños y niñas en un proceso enmarcado dentro de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (*Juzgado de la niñez y Adolescencia y de Adolescentes en conlficto con la Ley Penal del Departamento de Zacapa*).

En Argentina, una sentencia de 2007 ha afirmado que tanto el Estado Nacional como una provincia no han cumplido cabalmente con el mandato legal de garantizar los derechos humanos de los pobladores de las zonas referidas, incluido el derecho a la alimentación (*Defensor del Pueblo de la Nación vs. Estado Nacional y Provincia del Chaco*).

En el ámbito europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha ocupado del derecho a la alimentación con referencia a la alimentación escasa de los detenidos, que integra una violación de la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes durante la detención (*Ostrovar vs. Moldova*, *Modârca vs. Moldova, Florea vs. Romania*).

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido indirectamente la violación del derecho a la alimentación y la responsabilidad internacional del Estado principalmente por violación de garantías judiciales y de la integridad personal, y además de estas dos razones, también como consecuencia de la violacion de otros derechos; es decir, por violación de los derechos a la vida (*Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*), y, cuando las víctimas hayan sido niños, de los derechos del niño (*Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*), por tratos inhumanos y degradantes (*Díaz Peña vs. Venezuela*), y también por falta de garantía del derecho de propiedad comunitaria, de reconocimiento de la personalidad jurídica, de protección judicial, por el incumplimiento del deber de no discriminar (*Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*), así como por violación de la libertad de asociación, de la libertad de circulación y residencia (*Fleury y otros vs. Haití*).

Eloisa Denia Cosimo

Derecho a la diferencia

Para definir el derecho a la diferencia nos referiremos en primera instancia al más conocido término de derecho a la igualdad. La idea del derecho a la igualdad se encuentra profundamente arraigada en las distintas corrientes del pensamiento occidental. Desde las Institutas de Justiniano encontramos

que los atributos de la personalidad y sus derechos derivan de la naturaleza humana, por lo cual las leyes que sustrajeran al hombre sus derechos eran consideradas antinaturales.

El cristianismo refuerza esta idea, en que las personas, como hijos de Dios, tenían igualdad de sustancia, pero desigualdades reales, que derivaban de su pueblo, situación familiar, sexo, edad o condición social. Con la codificación de los derechos humanos en la era moderna, y en particular con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se fortalece la idea del derecho a la igualdad, el derecho a tener los mismos derechos, a pesar de ser diversos.

Al constatar, sin embargo, que la diversidad conduce frecuentemente a la desigualdad y a la discriminación, la Organización de las Naciones Unidas promulgó diversas convenciones de derechos humanos que reconocen la diversidad, la igualdad de derechos y el *derecho a la diferencia*, entendido como el derecho a ser diferente sin ser desigual, respetando el acceso a los derechos, es decir, a no ser discriminado por ser diferente.

Estas convenciones son: la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 1966; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, de 1990, y por último, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006.

Para efectos jurídicos, la discriminación ocurre solamente cuando hay una conducta que demuestre distinción, exclusión o restricción, a causa de alguna característica propia de la persona que tenga como consecuencia anular o impedir el ejercicio de un derecho.

En los ordenamientos jurídicos actualmente se reconoce el derecho a la diferencia por edad, al reconocer derechos específicos a niñas, niños y jóvenes o a personas adultas mayores o por sexo, al reconocer los derechos por embarazo y maternidad por ejemplo. De manera más reciente, se encuentra el reconocimiento a la diversidad cultural. Ejemplos del derecho a la diferencia se encuentran en:

1) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: "La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas…" (art. 2) (2001).

2) Constitución Nacional de Argentina: "Reconocer la prexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respecto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe intercultural…" (art. 75, inc. 17) (1994)

3) Ley Constitucional sobre los Derechos de las Minorías Nacionales (Narodne novine, nos. 155/2002 y 47/2010) de la República de Croacia: "La República de Croacia garantiza a las y los miembros de las minorías nacionales, el derecho a la representación en el Parlamento Croata" (art. 19).

El derecho a la diferencia, íntimamente relacionado con el derecho a la identidad cultural (en sentido amplio, que incluye preferencia religiosa, orientación sexual o política entra otras), no posee una potencialidad afirmativa en el sentido de otorgarle existencia y derechos a los "distintos", sino de evitar la privación de derechos por el hecho de la diferencia; es decir, evitar la discriminación.

María Vallarta Vázquez

Derecho a la familia

La Real Academia Española define a la familia como el "Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje. Hijos o descendencia".

La familia es un grupo de personas ligadas por lazos de parentesco, y a los adultos se les atribuye la responsabilidad del cuidado de los hijos. Esos lazos de parentesco se establecen, bien porque todos descienden de un tronco común, o se crean con motivo del matrimonio.

Las relaciones familiares siempre has sido reguladas por el derecho, estableciéndose puntualmente los derechos y obligaciones de los miembros que conforman la familia: tradicionalmente, en las sociedades occidentales, esas relaciones familiares han estado asociadas al matrimonio. Así se conformó el derecho de familia, que contiene todas esas normas que regulan las relaciones entre los miembros de la familia.

Sin embargo, a partir de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se plantea el reconocimiento de que todas las personas tienen el derecho a constituir una familia, considerando a ésta como el elemento fundamental de la sociedad, y por ser la familia una de las instituciones jurídicas y políticas rectoras de la vida en sociedad debe ser protegida.

Asimismo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que todos los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna, por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y a fundar una familia, en la que disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el mismo y en caso de su disolución. También este instrumento internacional considera a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que establece para el Estado la obligación de protegerla.

A partir de estas declaraciones, con el reconocimiento, tanto de la importancia que la familia tiene para el buen desarrollo de una sociedad como de la necesidad de que el Estado la proteja, se fortalece el reconocimiento de que todas las personas tienen el derecho a tener una familia, y el Estado les debe garantizar plenamente el goce de ese derecho.

El derecho de las personas a tener una familia se convalidó en posteriores instrumentos internacionales. Así, tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en todos ellos se afirma que la familia es el elemento natural y fundamental de la socie-

dad, y debe ser protegida por la sociedad y el Estado, y reconociéndoles a la mujer y al hombre el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas del país.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su preámbulo, también reconoce a la familia como el grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en donde, en particular las niñas y niños, deben recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. Asimismo, reconoce que niñas y niños, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, deben crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

En ese mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva OC-17/2002, del 28 de agosto de 2002, que le fue solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ratifica, en principio, que la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación, y el Estado se halla obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. El reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, con derecho a "la protección de la sociedad y el Estado", constituye, según la Corte, un principio fundamental del derecho internacional de los derechos humanos, consagrado tanto en la Declaración Universal como en la Declaración Americana, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana.

En las Directrices de Riad igualmente se enfatiza que la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño, por lo que los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa. La sociedad tiene la obligación de ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental.

La Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2542 (XXIV), del 11 de diciembre de 1969, en su art. 4, considera a la familia como la unidad básica de la sociedad y el medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños y los jóvenes, por lo que debe ser ayudada y protegida para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad, y señala que los padres tienen el derecho exclusivo a determinar libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos.

En la Constitución Política de Colombia se reconoce que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, que se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, estableciendo para el Estado y la sociedad la obligación de garantizar la protección integral de la familia.

Derecho a la imagen personal

La palabra "imagen" proviene del latín *imago*, *imaginis*, y significa la figura, representación, semejanza y apariencia de un bien o una persona. La imagen personal es nuestra apariencia física, la cual puede ser reproducida por dibujo, fotografía, grabación y cualquier otro medio existente para su captación y reproducción. También dentro de ella se encuentran los rasgos que permiten identificar a una persona.

El derecho a la imagen personal es un derecho de la personalidad, que faculta a la persona para impedir que su apariencia física sea reproducida sin su consentimiento. La necesidad de su protección surge con la fotografía como mecanismo para captar la imagen de una persona sin que ella se percatara de dicha conducta, y sobre todo cuando su destino fuera crear publicidad o algún desprestigio a la persona o su familia.

Los antecedentes legislativos de protección a la imagen personal a través del derecho de autor del fotógrafo se dieron en Alemania (1876), Australia (1885) y Bélgica (1886); en todos ellos se reconoce el derecho de autor del artista, pero se indica la necesidad del consentimiento de la persona representada en el retrato. La jurisprudencia francesa hizo contribuciones importantes, al vincular el derecho a la imagen personal y familiar con los sufrimientos que puede sentir un familiar cuando se divulga la imagen de un integrante de su familia en el lecho de muerte, y como consecuencia el deber de reparar el daño a los sentimientos, lo que hoy conocemos como "daño moral".

El derecho a la propia imagen tiene dos facetas: la positiva, la facultad personalísima de imprimir, difundir, publicar o distribuir nuestra propia imagen, y la negativa, para poder impedir la obtención, reproducción, difusión y distribución por un tercero sin nuestro consentimiento expreso o tácito.

El derecho a la imagen se ha relacionado con varios derechos de la personalidad, como el respeto a la privacidad, el derecho al honor, a la identidad, al propio cuerpo; incluso se consideró como parte de alguno de esos derechos. Nosotros tenemos la convicción de la autonomía del derecho a la imagen, que cada vez necesita mayor protección, porque los medios para la captación de imágenes y su difusión son prácticamente vertiginosos, y en algunos casos se causan daños graves a la persona o su familia.

Cuando se niega la independencia del derecho a la imagen, de la vida privada, del honor y la fama, es porque se considera que el daño es más grave cuando se suma el ataque a la fama, al honor o a la privacidad; pero igual daño se causa cuando la imagen de la persona es distribuida, incluso sin que se afecte la privacidad, el honor y la fama; si esta no está de acuerdo con ese hecho.

La normatividad como derecho de la personalidad autónomo la encontramos en el Código Civil italiano; en España, en la Ley Orgánica del 5 de mayo de 1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen; esta legislación consta de 9 artículos.

En México, Distrito Federal, en 2006 se publicó la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen. En su art. 16 define a la imagen personal como "La reproduc-

ción identificable de los rasgos físicos de una persona sobre cualquier soporte material", y el art. 17 identifica el derecho a la imagen como "Toda persona tiene derecho sobre su imagen, que se traduce en la facultad para disponer de su apariencia autorizando, o no, la captación o difusión de la misma".

Como todo derecho, y en particular como derecho de la personalidad, esta facultad encuentra límites generales y particulares, que se reflejan en la propia personalidad del titular de la imagen y en las circunstancias concretas de la captación y difusión.

Elvia Lucía Flores Ávalos

Derecho a la información

El derecho a la información encuentra su más claro antecedente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en cuyo art. 19 se establece que "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión". Esta garantía también es reconocida, con ligeras modificaciones, por otros instrumentos internacionales, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19.2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 13.1). De los mencionados instrumentos internacionales se desprende que junto al derecho de no ser molestado por las propias opiniones, el objeto de la comunicación son ya ideas, opiniones e informaciones sobre las que se proyectan las facultades de investigar, difundir y recibir. Destaca la incorporación de los conceptos recepción e investigación, y el de información, que se suma a las libertades de opinión y expresión, dándole un contenido más amplio.

La evolución que tuvieron los medios de comunicación e información durante el siglo XX, con la invención del telégrafo, el teléfono, la radio, el cine, la televisión, hasta llegar al surgimiento de las computadoras y el internet, amplió y modificó la capacidad de los seres humanos de comunicarse. Este avance tecnológico hizo necesario reformular la concepción original de la libertad de expresión, que protegía principalmente al emisor de la información, es decir, la persona que expresa sus ideas y pensamientos, frente a la eventual intervención de un tercero —autoridad o persona—, que pretendía impedírselo, para ampliar su ámbito de protección a los receptores de la información, adquiriendo así un nuevo alcance.

Para Jorge Carpizo, el derecho a la información es la libertad de expresión que amplía su ámbito para perfeccionarse, para definir facultades que realmente la hagan efectiva, para incorporar aspectos de la evolución científica y cultural de nuestros días, y que es indispensable tener en cuenta para fortalecer y garantizar a la sociedad información veraz y oportuna como elemento indispensable del Estado democrático y plural. Para explicar esta evolución establece un modelo de círculos concéntricos, en el que en un primer círculo se encuentra la libertad de pensamiento; en un segundo círculo, que engloba al primero, se contiene la libertad de expresión; en un tercer círculo se encuentra la libertad de imprenta, y un cuarto círculo, más amplio, que engloba a los

otros tres, y que es el derecho a la información. Los círculos exteriores van ampliando los derechos y las libertades con la finalidad de hacerlos más efectivos (*Constitución e información*).

Sergio López Ayllón señala que el derecho a la información (contenido en la libertad de expresión en sentido amplio) es la garantía que tienen las personas de conocer de manera activa —es decir, investigando— o pasiva —recibiendo— las ideas, opiniones, hechos o datos que se producen en la sociedad, y que les permiten formarse su opinión dentro de la pluralidad, diversidad y tolerancia que supone una sociedad democrática. Resulta entonces que la libertad de expresión, en su concepción contemporánea, comprende tres libertades interrelacionadas: las de buscar, difundir y recibir informaciones e ideas; la protección alcanza tanto aquellos que expresan y difunden sus ideas o pensamientos como a quienes las reciben, y aun a quienes desean investigarlas (*El acceso a la información como derecho fundamental: la reforma al artículo 6o. de la Constitución mexicana*).

Por su parte, para Héctor Faúndez Ledesma, de la Declaración Universal se pueden apreciar dos elementos fundamentales, que deben ser examinados en forma separada: en primer lugar, la libertad de expresión propiamente dicha, en cuanto vehículo para manifestar nuestras inquietudes, opiniones o ideas, y, en segundo término la libertad de información, como medio para buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Precisa que se han distinguido dos "subespecies" de la libertad de expresión: a) la libertad de expresión propiamente tal o la libertad de opinión, la que estaría configurada por la libertad de pensamiento o la libertad ideológica, y b) el derecho a la información en su doble vertiente, que permite comunicarla y recibirla. Mientras en el primer caso el objeto de protección es la idea, en el segundo lo sería la noticia, o el dato (*Los límites de la libertad de expresión*).

El derecho a la información, en tanto derecho humano fundamental que se encuentra reconocido en varios tratados internacionales, obliga a los Estados que los han suscrito por formar parte de su derecho interno, así como en diversas Constituciones políticas, como la mexicana (art. 6o.), permite a cualquier persona, en relación con el Estado, buscar, recibir o difundir informaciones, opiniones e ideas por cualquier medio, y que tal persona tiene frente al Estado un derecho a que éste no le impida buscar, recibir o difundir informaciones, opiniones e ideas por cualquier medio. En caso de una violación por parte del Estado, la persona tiene una competencia específica para su protección, que en el caso mexicano se configura a través del juicio de amparo.

A la obligación del Estado de abstenerse tiene adicionalmente la obligación positiva de garantizar al individuo el acceso a una información, que, por serle útil y beneficiosa, constituye un bien jurídico; en tanto derecho subjetivo, es un derecho individual y público que posee una proyección social, debido a que se encuentra indisolublemente unido al interés social y garantiza el pluralismo ideológico de la sociedad. Contempla la intervención del Estado para tutelarlo, asumiendo la obligación de cuidar que la información que llega a la sociedad sea veraz y refleje la realidad y tenga un contenido que le permita una participación informada en la atención de los problemas nacionales.

Se debe precisar que el objeto sobre el que recae el derecho a la información no se limita únicamente a las noticias, sino que su objeto es más amplio, extendiéndose a datos, hechos, comentarios y juicios, cualquiera que sea la forma que revistan y el medio por el que se transmitan. Otro aspecto importante del derecho a la información es la difusión, que debe ser sin limitación de fronteras y por cualquier medio de expresión, circunstancia que implica reconocer la universalidad en la difusión de las informaciones.

El derecho a la información también reconoce el derecho de todas las personas a tener acceso a la información de interés público, por lo que es obligación de todo Estado democrático no obstaculizar o restringir el ejercicio de ese derecho, así como es su responsabilidad facilitar el acceso a la información en poder de las distintas instituciones públicas. Ésta es una modalidad clave mediante la cual se cumple el derecho a la información. En América Latina, la tendencia ha sido ampliar las funciones del Estado en la garantía de los derechos informativos, reconociendo que, además de garante, es una fuente de información, como lo resolvió la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Claude Reyes y otros *vs*. Chile, indicando que el art. 13 del Pacto de San José establece el derecho de todas las personas a pedir información y la obligación del Estado de proveerla sin necesidad de acreditar un interés directo para obtenerla o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción.

Luis Raúl González Pérez

Derecho a la información (jurisprudencia constitucional)

En el derecho constitucional comparado, el derecho a la libertad de información es una herencia del siglo diecinueve, que ha penetrado en el derecho constitucional. La mayoría de las Constituciones democráticas y cartas de derechos humanos en el mundo establecen a la libertad de información como una libertad interrelacionada con la libertad de expresión. El derecho a la libertad de información es necesario para ejercer ideas y opiniones que contribuyan a la pluralidad democrática.

Para Thomas Emerson, la libertad de expresión está integrada por un conjunto de derechos que van desde el derecho a formarse y poseer las propias creencias y comunicarlas por cualquier medio, pasando por los de audiencia e investigación y de acceso a la información, hasta los derechos de reunión y asociación.

El desarrollo normativo de estas Constituciones en las diversas regiones del mundo ha sido influenciado por el propio desarrollo del derecho a la información en el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. La doctrina tradicional de interpretación del derecho a la información en estos tratados comprende el concepto de información como aquella que proviene de los medios de comunicación, y que tiene el carácter de contribuir al interés general democrático.

El derecho a la información ha sido tradicionalmente entendido como un derecho a la información inherente al ser humano y realizado a través de los medios de comunicación y las tecnologías de la información. Las Constituciones y cartas de derechos anglosajonas fundan la garantía de expresión e información en el deber de la no injerencia, que impone una obligación negativa al Estado de intervenir y obstruir el principio del "libre flujo de información", incluso a través de las fronteras. Dicho principio proviene de la doctrina norteamericana dentro de los discursos del estadista norteamericano James Madison.

En esta concepción, la información es necesaria para participar en decisiones que le afectan, sobre procesos de gobierno, pero también sobre asuntos de interés público. Esta idea tiene su fundamento en la filosofía de John Milton, quien definió que la búsqueda y el descubrimiento de la verdad en el "mercado de las ideas" es una libertad del hombre, y que con Felix Frankfurtner derivó en una idea moderna del "progreso de la civilización". En opiniones constitucionales de Estados Unidos, el juez Oliver Wendell Holmes en 1919 utilizó la metáfora del libre intercambio de las ideas, tal y como sucede en un mercado comercial, y en 1953 el juez William O. Douglas argumentó que los periódicos, revistas y libros son una oferta fundamental en el mercado de las ideas.

La jurisprudencia constitucional europea vincula estrechamente la libertad de información con la libertad de expresión. Se caracteriza por ser un derecho social fundamentalmente en jurisprudencias de España, Inglaterra, Francia, Italia y los países nórdicos. La interpretación dominante es que se trata de una libertad a estar informados y a recibir información plural proveniente de las diversas fuentes de información, retomando las ideas liberales del mercado de información y el principio del libre flujo.

La doctrina internacional más antigua coincide en que se trata de una libertad no absoluta, y que sus límites deben estar previamente fijados en la ley para asegurar "el respeto a los derechos y a la reputación de los demás", "el derecho a la vida privada" o la "protección de la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas".

Las leyes que garantizan el derecho a la información gubernamental han cambiado drásticamente el panorama jurisprudencial desde las últimas décadas del siglo veinte. Más de noventa países en el mundo han adoptado leyes de transparencia y acceso a la información. Estas leyes se conforman desde dos enfoques: uno basado en la libertad de información constitucional (orientado a derechos humanos), y otro procedimental administrativo, fundado en el principio de publicidad de los gobiernos liberales.

La jurisprudencia constitucional interamericana ha reconocido que el derecho a la información incluye un derecho de acceso a la información gubernamental, como es el caso de Argentina, Chile y México. Las cortes constitucionales y tribunales de la región han reconocido el derecho a la información como un derecho humano inalienable y universal. Derecho que está considerado indispensable para garantizar la formación y la existencia de la opinión pública y para la realización de otros derechos humanos que pueden satisfacerse mediante el acceso a la información (Costa Rica). El derecho a la

libertad de información se ha consagrado también para que el público decida por sí mismo si la acción de gobierno es apropiada o no, a través de peticionar directamente información gubernamental (Estados Unidos).

En otra tendencia de la jurisprudencia constitucional comparada ha vinculado el derecho a la información con el "derecho a la verdad". Se encuentra como un derecho que protege a las víctimas, a sus familiares, y a la sociedad en general, para conocer los hechos de las atrocidades perpetuadas por los gobiernos del pasado. Esta ha sido la interpretación de cortes constitucionales en Hungría, Bulgaria, Moldovia, México, Guatemala, entre otros.

Issa Luna Pla

Derecho a la información (jurisprudencia europea)

El derecho a la información se encuentra previsto en gran parte de las Constituciones de los Estados europeos; es reconocido en la Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea en el art. 11 y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos en el art. 10. La larga tradición del derecho a la libertad de información europea se distingue por el inseparable vínculo con la libertad de expresión, en el que comparten su justificación y aplicación. La libertad de información es, por lo tanto, un pilar fundamental en el marco de la idea de democracia liberal europea.

En el Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 10, los Estados parte decidieron establecer una relación filial de las libertades informativas, donde la libertad de expresión "comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informes o ideas". De manera que la interpretación de la justificación de la libertad de información se hace a través de las razones democráticas que sostienen la defensa de la expresión.

El art. 10, párrafo 2, del Convenio, prevé que los límites conllevan "deberes y responsabilidades" y "ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley". El Convenio enumera límites a la libertad de información concretos: "la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección a la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de información confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial".

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el derecho a la información establecido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos desde el papel clave que juega la prensa en la sociedad democrática. Ha dicho que en el ejercicio del "derecho del público a obtener información, opiniones e ideas" la prensa no debe rebasar los límites de sus deberes y responsabilidades cuando difunde información e ideas de todos los aspectos del interés público. Esto lo ha dicho en casos como Zana *v.* Turquía, 1997; Von Hannover *v.* Alemania, 2012; Axel Springer *v.* Alemania, 2012; Handyside *v*. Reino Unido, 1976.

El derecho de la prensa incluye la libertad de recibir ideas e información, ya que de otra forma no podría llevar a cabo su papel de contrapeso del poder.

De manera que por el término de "información" en el derecho internacional europeo se ha entendido información noticiosa que transmiten los medios de comunicación, en el estilo de la doctrina del libre flujo de las ideas norteamericana. De ahí que el derecho a la información de las personas que no son medios de comunicación a acceder a información de gobierno ha tenido un reconocimiento reacio en el Tribunal.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha vinculado el derecho a la información con el derecho a la vida (art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Ha dicho que la publicidad de los documentos en los casos donde la muerte de una persona se está investigando es relevante involucrar a los familiares de la víctima y proveerlos de información, pues la incapacidad de tener acceso a los testimonios de los testigos antes de que sean llamados a declarar los puede colocar en una posición de desventaja en el procedimiento judicial (McKerr *v*. Reino Unido, 2001; Oğur *v.* Turquía, 1999). Se trata del derecho a los hallazgos del caso y a los documentos del expediente de la investigación en fases preliminares, para participar efectivamente en la defensa.

La publicidad también se ha vinculado con un proceso judicial equitativo (art. 6o. de la Convención), que garantiza el derecho a un juicio público, donde las partes han sido proveídas de información pertinente para su defensa efectiva expresada en audiencia pública (Nideröst-Huber *v.* Suiza, 1997; KP *v*. Finlandia 1996).

Asimismo, en la jurisprudencia europea el derecho a la información gubernamental está también vinculado con el derecho a una vida privada y familiar. En el caso Gaskin *v.* Reino Unido, el Tribunal Europeo dijo que toda persona tiene garantía al derecho a recibir información necesaria para conocer y entender su infancia y se propio desarrollo infantil. También reconoció la confidencialidad de la información de la vida privada como un límite al derecho a la información para la protección de terceras personas (Gaskin *v.* Reino Unido, 1989; Godelli *v*. Italia, 2009).

Aunque el Tribunal ha reconocido el valor democrático de la transparencia gubernamental y la utilidad de la información pública, se ha negado a reconocer y garantizar específicamente el derecho de la prensa y de las personas a recibir u obtener información de las autoridades o de documentos en posesión de las autoridades. Ha reconocido que es difícil interpretar el Convenio un derecho general al acceso a los datos y documentos administrativos. Por ello, su tendencia tradicional ha sido la de rechazar la idea de un derecho de acceso a la información pública de documentos administrativos (Gaskin *v*. Reino Unido, 1989; Leander *v*.Suecia, 1987).

En el caso Guerra y otros *v*. Italia, el Tribunal dijo concretamente que la libertad de recibir información "no impone ninguna obligación positiva" a los Estados a entregar dicha información, tal y como lo dijo la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en la Resolución 1087, y la Directiva 90/313/EEC del Consejo de las Comunidades Europeas sobre la libertad de acceso a la información ambiental, donde se reconoce el acceso, y no un derecho de información. Por ello, el derecho del público a recibir información e ideas sobre asuntos de interés público es un "corolario" de las funciones de

los periodistas, y en el Estado recae la obligación de no interferir o restringir que las personas reciban información que otros transmiten.

En el caso Eccleston *v*. Reino Unido, de 2002, el Tribunal reiteró el criterio de Guerra y otros *v*. Italia, resolviendo que el derecho a recibir información que está contenido en el art. 10 del Convenio se refiere a información que otros comunican, y que no impone ninguna obligación en el gobierno de proveer información. Finalmente, en Társaság a Szabadságjogokért *v*. Hungría, de 2009, el Tribunal puso en claro que cuando los órganos de gobierno detentan información que es necesaria para el debate público y niegan los documentos a solicitantes de esta información, se está frente a la violación del derecho a la libertad de expresión e información garantizada en el art. 10 del Convenio.

Por ello, aunque en el sistema europeo no existe un derecho general de acceso a la información de gobierno, las excepciones versan en la garantía a los derechos consagrados en los arts. 2o., 6o., 8o. y 10 de la Convención. Porque se trata de un derecho que las personas ejercen a través de la prensa y los medios de comunicación, el Tribunal ha dado preferencia en la garantía de este derecho a los medios. En el debate se discute cómo justifica el Tribunal esta desigualdad en la garantía del derecho a la información, y también lo que el Tribunal ha llamado "el derecho a conocer información de interés público", sin que haya definido este término a detalle.

Issa Luna Pla

Derecho a la información (jurisprudencia interamericana)

La libertad de expresión y de información son libertades hermanadas en el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José Costa Rica). La libertad de pensamiento y de expresión "comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole", y de ahí que su vínculo interpretativo sea fundamental dentro de la jurisprudencia interamericana.

El derecho a la información en el sistema interamericano recoge la doctrina norteamericana del libre flujo de la información "sin consideración de fronteras", y retoma su carácter democrático como un derecho individual y social. El ejercicio del derecho a la información no es absoluto, y está sujeto a los límites de "la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas", de acuerdo con la Convención.

En el sistema interamericano de derechos humanos, a diferencia de otros sistemas, el derecho a la información ha cobrado un carácter de justiciabilidad a través del llamado derecho de acceso a la información. Cada vez que el sistema internacional se ha encargado del derecho a la información hay una inclinación por extender su definición, promover su protección y fortalecer su causa. Esta tendencia ha sido en gran medida impulsada dentro del sistema de derechos humanos por los relatores especiales de la libertad de expresión, organismos de la prensa y de la sociedad civil organizada.

Diversos documentos del derecho interamericano dan cuenta de ello. La Declaración de Chapultepec, adoptada en 1994 por la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP), demanda que "las autoridades deben estar legalmente obligadas a poner a disposición de los ciudadanos, en forma oportuna y equitativa, la información generada por el sector público". En esta categoría están los Principios de Lima, adoptados el 16 de noviembre de 2000 a convocatoria de la Sociedad Interamericana de Prensa, donde se reconoce el acceso a la información como un derecho fundamental. Los Principios de Lima y la Declaración de Chapultepec no comprometen ni obligan a los gobiernos de los Estados latinoamericanos, pero contienen una relevancia social y moral para la región. Ambos documentos son un reflejo clave de la demanda social, del lenguaje que reclama la garantía del derecho de acceso a la información, y han sido retomados por los relatores de la OEA y la ONU como pruebas de la fortaleza de la voz que tiene la sociedad en Latinoamérica.

Igualmente importante de referir es el trabajo del Relator para la Libertad de Expresión de la OEA, que en octubre de 2000 elaboró la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Establece que la garantía del acceso a la información en el poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos, contribuye a una mayor transparencia de los actos del gobierno y las instituciones democráticas; afirma que toda persona tiene derecho a acceder a la información sobre sí misma y a actualizar, rectificar y/o enmendar estos datos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es la primera Corte internacional en reconocer el acceso a la información como un derecho humano que supone la obligación del Estado a proporcionar la información a los individuos o grupos de personas. La resolución de la Corte en el caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile, de 2006, recogió diversas recomendaciones sobre el acceso a la información que desde 1994 venía realizando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En Claude Reyes *vs.* Chile, la Corte enaltece la importancia individual y social del derecho, rompiendo con la tradición europea de que el derecho a la información se centra principalmente en la información noticiosa que producen los medios de comunicación. La Corte sostuvo que el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula expresamente los derechos a "buscar" y "recibir" informaciones que "protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado", sin necesidad de acreditar un interés jurídico.

Reafirmando este sentido democrático y la reformulación de la interpretación hacia la información gubernamental, ya no solo mediática, la Corte alude a la Carta Democrática Interamericana, que en su art. 4o. reconoce la importancia de "la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad expresión y de prensa", así como la participación de la ciudadanía en las decisiones del Estado. Se incorpora también el sentido de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, donde el derecho de acceso a la información es la herramienta para que los ciudadanos

ejerzan un control democrático de las gestiones estatales. Finalmente, la Corte señala que el derecho de acceso a la información tiene restricciones; no es un derecho absoluto, mismas que deben aplicarse bajo los principios de proporcionalidad y conducencia, "interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho".

En la jurisprudencia interamericana, los principios rectores del derecho de acceso a la información son la máxima divulgación y el principio de buena fe de los funcionarios de gobierno en la atención a las solicitudes o peticiones de información de las personas. Asimismo, las obligaciones impuestas al Estado por el derecho de acceso a la información interamericano son las de responder de manera oportuna, completa y accesible a las solicitudes que sean formuladas; contar con un recurso que permita la satisfacción del derecho de acceso a la información; contar con un recurso judicial idóneo y efectivo para la revisión de las negativas de entrega de información; la transparencia activa; producir o capturar información; generar una cultura de transparencia; implementación adecuada; adecuar el ordenamiento jurídico a las exigencias del derecho de acceso a la información.

Issa Luna Pla

Derecho a la integridad personal

El art. 5o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) consagra el derecho a la integridad personal dando expresamente una protección amplia, incluyendo en su inciso 1 a la integridad física, mental y moral. Permite que se declare responsabilidad internacional de los Estados por una violación a ese derecho, sin que necesariamente se lleguen a acreditar específicamente actos de tortura o trato cruel, inhumano y degradante. Otros tratados solo enumeran estos últimos en sus textos (ej. art. 3, Convenio Europeo y art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU (véase Thomas Antkowiak y Alejandra Gonza, *The American Convention on Human Rights: Essential Articles*, 2014).

La jurisprudencia de la Corte Interamericana —coincidente con la europea y universal— destaca como características principales de este derecho: a) su inderogabilidad, aun en situaciones de emergencia (art. 27 de CADH); b) el principio de prohibición absoluta de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes, aun en casos de amenazas a la seguridad nacional o uso para combatir el terrorismo; c) las obligaciones tanto negativas (abstención) como positivas que genera al Estado (medidas de prevención razonable contra ataques de particulares, deber de investigación y sanción a responsables, reparación y adopción de leyes y prácticas). Se destacan violaciones "procesales" al art. 5o. por incumplimiento del deber de investigar denuncias serias de tratos crueles o tortura (caso *Bayarri*), y d) en casos de privación de libertad se admite como legítimo únicamente el inevitable sufrimiento inherente a la detención, enfatizando la obligación de los Estados de garantizar la salud y la "vida digna" de las personas privadas de libertad (art. 5.3 CADH y caso Vera).

La jurisprudencia interamericana en torno al art. 5.2 es cuantiosa, y se apoya en tratados universales y regionales específicos contra la tortura, así

como en las interpretaciones de sus respectivos órganos de implementación (ONU y Corte Europea). Si bien en ocasiones resulta ambigua o antojadiza, se han desarrollado elementos para distinguir: a) casos de tortura, y b) casos de tratos crueles, inhumanos y degradantes.

a. Actos de tortura: la CADH no define "tortura", pero la interpretación de los órganos del sistema interamericano, en concordancia con la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, requieren los siguientes elementos para que se configure: 1) intencionalidad (no resultado de negligencia, accidente o fuerza mayor); 2) sufrimiento físico o psicológico severo; 3) cometida con un propósito u objetivo determinado (caso Buenos-Alves, párr. 79-81). Algún caso aislado que trataba sobre los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez sugirió un criticado 4 elemento: participación de agentes del Estado o de particular actuando con su apoyo, aquiescencia o tolerancia, en cuya ausencia no se puede comprometer al Estado (véase caso González y voto "concurrente" jueza Medina Quiroga, en realidad disiente con este elemento).

A diferencia de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes, de Naciones Unidas, la Corte Interamericana exige la severidad del sufrimiento, y no requiere necesariamente el propósito de extraer una confesión incriminatoria o una declaración en contra de otra persona como propósito, aceptando también, por ejemplo, el objetivo de intimidación y castigo como fines de la tortura (Gómez Paquiyauri, párr. 116). Para determinar la severidad se usan tanto factores exógenos: característica del trato, duración, métodos usados y los efectos físicos y psicológicos (caso Buenos-Alves, párr. 83 y Loayza Tamayo, párr. 57), como factores endógenos: características de la víctima, edad, género, condición de salud o cualquier otra circunstancia personal.

Al categorizar casos como severos, declaró que constituyeron tortura, por ejemplo, golpes infligidos por policías durante tres días, uso de bolsas en la cabeza de la víctima y amenazas de dañar a un familiar (caso Bayarri), golpes en las orejas y estómago, insultos y privación de medicamentos (caso Buenos-Alves), puñetazos en el cuerpo y la cara, quemaduras de cigarro, descargas eléctricas en los testículos y práctica del submarino (caso Tibi); confinamiento solitario (De la Cruz Flores); violencia y violación sexual, privación de asistencia de salud pre y postnatal y de productos para la higiene personal (caso del Penal Miguel Castro Castro); castigo corporal, como el uso de látigo de nueve colas, junto a otras circunstancias de detención (caso Ceasar). En muchos de estos casos se combina tortura psicológica y física y condiciones de detención.

Asimismo la jurisprudencia desarrolló el concepto de tortura psicológica como aquella que a pesar de no contar con una consecuencia física visible en la víctima implica su sometimiento a un contexto de angustia y sufrimiento intenso, de modo intencional, para suprimir su resistencia psíquica y forzar a autoinculparse, o a confesar determinadas conductas delictivas; o para someterla a modalidades de castigos adicionales a la privación de la libertad en sí misma (ej. propósito de anular la personalidad y desmoralizar a la víctima, caso Maritza Urrutia).

b. Pena o trato cruel, inhumano y degradante: la CADH no contiene definición expresa, y la interpretación conceptual de los órganos es ambigua. Se presentan dificultades de diferenciar los actos de tortura en algunos casos con los que son categorizados solo como tratos crueles, inhumanos y degradantes, y de lograr la evidencia en el litigio internacional. El elemento de severidad juega un rol fundamental para la distinción, ya que los elementos de intencionalidad y propósito determinado también son exigidos para esta calificación (ver voto concurrente Cecilia Medina, caso González). Con base en la jurisprudencia de la Corte Europea surgieron algunos elementos que pueden ayudar a la categorización de los actos estudiados.

Trato degradante puede caracterizarse por énfasis en la inducción de sentimiento de miedo, ansiedad e inferioridad a la víctima, con el propósito de humillarla y quebrar su resistencia moral y física. Aun en la ausencia de lesiones físicas, puede existir sufrimiento moral y psicológico, que alcanza a trato inhumano (caso Loayza Tamayo, p. 57).

Trato inhumano enfatiza el sufrimiento mental y físico, considerando como tal a las amenazas de tortura inminente o de muerte tanto a la víctima como a un familiar, pudiendo incluso en algunos casos escalar hasta tortura psicológica (ej. testigos de brutal masacre Masacre Ituango).

Se ha calificado como trato cruel el fenómeno del corredor de la muerte o la espera en detención hasta que se haga efectiva la pena de muerte. Si bien no se afirma claramente que dicho fenómeno sea *per se* trato cruel, fue declarado como tal sumado a las circunstancias de detención de los casos particulares atendidos (casos *Raxcacó-Reyes, Hilaire y Boyce et al.*). También se consideró trato cruel actos de violencia sexual (adoptando concepto amplio que no solo se refiere a violación y no requiere necesariamente contacto físico) contra mujeres por ser obligadas a permanecer desnudas y negarles la posibilidad de higiene personal. De esta manera, también se consideró como violación del art. 5.2 el deterioro físico y psicológico debido a las condiciones de detención (caso del Penal Miguel Castro Castro).

Pero la categorización como conducta atentatoria del art. 5.2 de la CADH o una simple declaración de violación del art. 5.1 es muchas veces ambigua. En ocasiones no se encontró como trato cruel, inhumano y degradante, sin mayor explicación, conductas similares a las acaecidas en otros casos que lograron tal categorización (ej. caso Valle Jaramillo, la situación de sobrevivientes fue agonizante y amenazante, pero no clasifican como violación al art. 5.2). En el caso de que las víctimas involucradas sean niños o niñas, la Corte se inclina a encontrar más fácilmente una violación del art. 5.2, a diferencia de casos en que con hechos similares las víctimas son adultos (caso Instituto de Reeducación del Menor).

En cuanto a las violaciones al art. 5.1 de la CADH, se debe destacar la presunción *iuris tantum* de sufrimiento mental y moral de familiares cercanos (padres, hermanos, cónyuges y compañeros permanentes) de personas desaparecidas, torturadas o víctimas de ejecuciones extrajudiciales. Para seres queridos con otros vínculos, se debe remitir evidencia que demuestren su cercanía (ej. búsqueda de justicia). En casos aislados la Corte ha dejado fuera de esta categoría a hijos de desaparecidos (caso Radilla Pacheco) y ha decretado

una violación del art. 5.2 respecto de familiares de víctimas (caso Bámaca Velásquez). Por otra parte, se declaró la violación a la integridad personal de periodistas por las afectaciones en su profesión sufridas como consecuencia de actos de hostigamiento de particulares mientras trataban de ejercer su labor (caso Luisiana Ríos y otros y Perozo y otros), así como respecto de personas que no pudieron acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva (caso Atravia Murillo).

En cuanto a la separación física de condenados y procesados garantizada por el art. 5.4 de la CADH, la Corte solamente encontró violación en pocos casos, afirmando que atenta con el derecho a la presunción de inocencia. Sostiene que se requieren medidas más adecuadas que la sola separación de celdas, colocando a los detenidos en diferentes secciones de un centro de detención o, incluso, de ser posible en distinto centro (caso Yvone Neptune). También la Corte, aunque no declara violación del art. 5.4, se pronunció en casos de necesidad de separar personas que se encuentran detenidas por incumplimiento de ley migratoria de carácter civil de aquellas alcanzadas por el sistema penal (caso Vélez-Loor).

En cuanto a la separación de niños, niñas y adolescentes de adultos exigida por el art. 5.5 en casos en los que pueden ser procesados, la Corte determinó que esto requiere medidas especiales de protección (art. 19, CADH), entre ellas: instituciones, jueces y procedimientos diferentes, así como tener como objetivo la búsqueda de rehabilitación (OC-17 caso Instituto de Reeducación del Menor).

En cuanto al concepto de reforma y readaptación social de los condenados como finalidad esencial de la pena privativa de libertad descrita en el art. 5.6, la jurisprudencia de la Corte es escasa. En algún caso la Corte afirmó que las graves condiciones de detención de niños (violencia, abuso, corrupción, promiscuidad, etc.) no logran cumplir el objetivo de rehabilitación para regresar a la vida social. Como medida de reparación se ordenó asistencia vocacional y programas especiales de educación para las víctimas (caso Instituto de Reeducación del Menor).

Finalmente, cabe solo mencionar que en el marco de su función cautelar, ambos órganos del sistema cuentan con numerosas decisiones de protección de beneficiarios con riesgo inminente de sufrir daño irreparable a la integridad personal, y ha sido un mecanismo que ha salvado numerosas vidas (ejemplo, CIDH Medidas Cautelares. Ananías Laparra Martínez, preso que luchando por su inocencia obtuvo su libertad por condiciones de salud a través de medidas cautelares. Caso de fondo pendiente de decisión).

Alejandra Gonza

Derecho a la intimidad

El derecho a la protección de datos personales tiene un origen marcadamente europeo, surge en la década de 1970 en Alemania como autodeterminación informativa. Se define como el control sobre los propios datos, traducido en el haz de facultades (acceso, rectificación, cancelación y oposición, conocidos como derechos ARCO) necesario para que resulte verdaderamente efectivo,

y que deviene como un derecho imprescindible para garantizar la protección a la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, en un mundo dominado por el uso de las tecnologías de la información y la comunicación. Este derecho contiene un instituto de garantía de los derechos a la intimidad, al honor y al pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos. Por ello se dice que es en sí mismo un derecho fundamental.

El objeto de protección de este derecho no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es solo la intimidad individual, sino los datos de carácter personal. Cabe enfatizar que el derecho a la protección de datos personales no protege a los datos *per se*, sino a su titular.

La sentencia del Tribunal Constitucional español 292/2000 es reveladora al especificar los motivos por los que el derecho a la protección de datos es un derecho autónomo y diferenciado del derecho a la intimidad, precisando que poseen diferencias que atienden a su función, objeto y contenido. No obstante, ambos comparten el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida personal y familiar, ya que atribuyen a su titular un haz de facultades consistentes, predominantemente, en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinada conducta.

Así, el derecho a la intimidad tiene la función de proteger, frente a cualquier invasión que pueda realizarse en el ámbito de la vida personal y familiar, aquella información que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad. Por su parte, el derecho de protección de datos le garantiza al individuo un poder de control sobre sus propios datos, su uso y destino, impidiendo su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad del afectado. Esta garantía impone al sector público y privado la prohibición de convertirse en fuentes de esa información sin las debidas garantías, y el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebida de dicha información.

Por otro lado, el objeto del derecho a la protección de datos personales, respecto de la intimidad, es más amplio. Es decir, extiende la garantía los datos que sean relevantes para el ejercicio de cualquier derecho de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar. En otras palabras, el objeto de protección no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar sus derechos o esfera personal; por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos. Cabe destacar el hecho de que los datos sean de carácter personal no significa que solo tengan protección los concernientes a la vida privada o íntima de la persona, sino todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, y servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, que eventualmente pudiera constituir una amenaza para el individuo.

Finalmente, en cuanto a su contenido, el derecho a la intimidad confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de

toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido; en otras palabras, deberes de no hacer. Mientras que el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades, consistente en imponer a terceros deberes jurídicos para garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales; es decir, deberes de hacer, como el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el uso y destino de esos datos, así como el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos.

Ángeles Guzmán

Derecho a la libertad de conciencia y de religión (jurisprudencia constitucional)

El derecho a la libertad de conciencia y de religión ha sido considerado por los países democráticos como un principio fundamental de una sociedad pluralista (Alemania, España, Costa Rica, Colombia, México, Estados Unidos, Francia, Turquía, Italia, Canadá, entre muchos otros). Su propósito fundamental es respetar las creencias personales sin distinguir por sus contenidos y protegerlas de los valores mayoritarios que pueden ser opresivos. Sin embargo, la comprensión de este derecho y la valoración de sus eventuales restricciones han presentado múltiples dificultades interpretativas.

La dogmática del derecho no es unánime, de tal suerte que los conceptos de religión y conciencia aparecen usados indistintamente en la jurisprudencia. Al parecer, la libertad de pensamiento y de religión da origen a la libertad de conciencia y a la libertad de culto. Las primeras permiten a los sujetos creer o no, y la última, a manifestar, comportarse, dar a conocer o expandir esos pensamientos y creencias según sus convicciones no religiosas o religiosas. La libertad de culto incluye la libertad de propaganda, de congregación o fundación, de enseñanza, de reunión y asociación de las comunidades religiosas. Estas dos facetas podrían coincidir con la dimensión interna y externa del derecho. En general, al menos en Occidente y en países democráticos, solo la segunda faceta podría ser objeto de limitación estatal con base en el orden público, entendido como una situación que trasciende lo policivo, y que se refiere al mantenimiento de las condiciones que permiten el goce de los derechos y libertades de todos los individuos. No obstante, los Estados que proclaman una religión oficial, ya sean democráticos o no —como Costa Rica o los regímenes religiosos islámicos— o como parte de ciertos ordenamientos políticos —como Cuba o China— han llegado prácticamente a prohibir algunas o todas las religiones y han querido invadir todas las esferas de este derecho.

Los contextos políticos y culturales también marcan diferencias en cuanto a la jurisprudencia en la materia. En América del Norte y en ciertos Estados latinoamericanos (Colombia) se han hecho interpretaciones más inclinadas a la pluralidad; a diferencia de algunos países Europeos, esta distinción indica las dificultades que debe abordar la jurisprudencia en diferentes regiones, y llama la atención sobre el eventual avance de la tolerancia religiosa —enten-

dida como simple consentimiento de las creencias religiosas o las convicciones no religiosas— hacia el pluralismo.

Las herramientas metodológicas para juzgar las restricciones a este derecho también varían: en Europa se aplica el juicio de proporcionalidad (legitimidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto), mientras que en Estados Unidos y en Canadá se aplica el juicio de razonabilidad, que analiza la proporcionalidad de manera graduada (juicio intermedio), y en algunos países de América Latina se ha intentado fusionar el procedimiento europeo y el estadounidense (Colombia), aunque esta última región no ha proferido abundante jurisprudencia sobre este derecho.

Los aspectos más problemáticos que se han planteado ante los jueces son, entre otros, la objeción de conciencia —médica o militar—, el reconocimiento de personería a los grupos religiosos, la discriminación, el derecho de los padres a escoger la educación religiosa para sus hijos, la tensión entre el derecho a la vida y las creencias religiosas, el uso de vestimenta o símbolos religiosos, la instalación de símbolos religiosos en establecimientos públicos, tensiones que se presentan en el ámbito laboral por los tiempos y espacios de culto, e incluso el no pago de impuestos y la desobediencia civil.

Algunos países europeos (España y Alemania) han considerado que existe un deber de neutralidad de las autoridades estatales respecto de convicciones religiosas, que implica la igualdad de trato de todas las agrupaciones. En países en los que no hay religión de Estado, la jurisprudencia ha considerado violatorio de la libertad de conciencia, de creencia y de culto colocar un crucifijo en aulas de escuelas estatales no confesionales, porque prima la neutralidad estatal (Alemania). Estos Estados también reconocen excepciones a la ley para asuntos que tocan de manera directa con la religión; por ejemplo, las dispensas por razones religiosas para sacrificar de cierta forma los animales que habrán de ser consumidos por los creyentes de un culto específico (Inglaterra). Tanto en Europa como en América Latina se ha afirmado que cuando las creencias religiosas o ideológicas se contraponen al derecho a la vida existe un deber de protección a la vida en el caso de personas sometidas a una especial tutela del Estado, a la edad o madurez de la persona sin que se puedan imponer tratamientos (España y Colombia). Además, en varios Estados la jurisprudencia ha considerado inconstitucional la obligación de asistir a actos de culto por violación de los derechos de los no creyentes o de adeptos a otra fe (España, Estados Unidos).

En Estados más severos con las restricciones, generalmente europeos, se ha admitido la prohibición de vestimenta religiosa en instituciones educativas (Francia y Turquía), a diferencia de lo que ocurre en países (Estados Unidos y Canadá).

Estos dos Estados cuentan con la jurisprudencia más profusa y elaborada en América. La jurisprudencia estadounidense ha evolucionado activamente en los últimos cincuenta años, y ha determinado que el libre ejercicio de la religión incluye que los adeptos puedan desobedecer una ley generalmente aplicable, a menos que el gobierno pueda demostrar: i) la existencia de un interés de Estado importante —es decir, mayor que simplemente razona-

ble—, y ii) que no haya alternativa o medios legislativos menos lesivos para lograr ese interés.

Esta protección también ha amparado a sujetos no religiosos para efectos de manifestaciones pacifistas; por ejemplo, en contra de la guerra de Vietnam. El trato indistinto entre creencias religiosas y no religiosas parece confuso dogmáticamente, y podría llevar a pensar en la necesidad de definir lo que es una religión. Pero la indefinición del concepto no afecta la protección de los derechos. De hecho, un enfoque similar es asumido por la jurisprudencia europea y canadiense, siendo esta última más detallada, al optar por evaluar la sinceridad de la creencia junto con el nexo entre la religión y ciertas prácticas. Por eso los demandantes no tienen la carga de mostrar la importancia teológica de su creencia, y solo deben demostrar que su creencia personal y subjetiva (religiosa o no) es sincera.

En Estados Unidos el uso de símbolos religiosos por parte de los empleados públicos está protegido. La jurisprudencia estadounidense ha determinado que los empleadores estatales deben ofrecer un "lugar razonable" para la práctica religiosa o probar que esas prácticas han impuesto un *undue hardship* al empleador. De manera similar ocurre en Canadá, donde los empleadores deben ajustar el lugar de trabajo y las regulaciones que tengan un impacto desproporcionado en ciertas minorías religiosas; es decir, dotar de unas condiciones razonables a estos grupos. Sin embargo, son admisibles las restricciones de buena fe resultantes de una necesidad ocupacional; por ejemplo, la prohibición de usar turbante porque el trabajo requiere el uso del casco. En el caso de empleadores privados, en los Estados Unidos se ha considerado que no hay límites constitucionales a la posibilidad de los empleadores de restringir el uso de ropa o símbolos religiosos. No obstante, las restricciones previstas para empleadores públicos son aplicables si el empleador tiene más de 15 empleados. Adicionalmente, la jurisprudencia ha considerado que los empleadores deben garantizar el derecho al día de guardar por razones religiosas.

En cuanto a la protección a los derechos de los estudiantes, desde hace más de treinta años las cortes federales estadounidenses concluyeron que la neutralidad de las escuelas en temas religiosos no riñe con la potestad de exponer a los estudiantes a diferentes perspectivas en el currículo, incluso si ellas van en contra de las inclinaciones religiosas de las familias de los niños. Lo más importante es no obligar a los estudiantes a afirmar o negar una creencia religiosa determinada. Algunos eventos que sí podrían afectar los derechos de los estudiantes serían la instalación de símbolos religiosos aunque fueran financiados por privados (por ejemplo, los 10 mandamientos) o la participación de un ministro de una religión específica en un evento escolar (como la graduación), porque en ambos casos se ejerce sobre los estudiantes una presión indirecta y velada que puede ser tan poderosa como una obligación.

En América Latina los conflictos han sido mucho menores dado el contexto sociocultural, y, en general, reproducen problemas similares a los ya enunciados. Sin embargo, la región cuenta con países que tienen religión oficial (Costa Rica), y con uno que prohibió hasta hace muy poco la religión (Cuba). Además, uno de los aspectos más interesantes de sus debates tiene que ver con la confusión entre libertad religiosa y proselitismo político —que

eventualmente ha llevado a cancelar la autorización a muchas congregaciones en épocas de agitación política— y con la protección de las comunidades indígenas tanto en sus usos y costumbres como frente a religiones que adelantan procesos de evangelización que amenazan a las culturas originarias. Sin embargo, la tendencia normativa hacia la adopción del principio de pluralismo está presente, con lo cual la jurisprudencia parece inclinarse a dar una protección a todos los grupos que puedan coexistir en democracia y a brindar atención especial a los pueblos indígenas.

Ethel Nataly Castellanos Morales

Derecho a la libertad de conciencia y de religión (jurisprudencia interamericana)

El continente americano no ha afrontado los acalorados debates derivados del derecho a la libertad de conciencia y de religión que ha afrontado Europa, debido, entre otras causas, a su composición sociocultural y a diversos fenómenos demográficos. Sin embargo, el art. 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) ha reconocido este derecho como elemento fundamental de la democracia en medio de sociedades diversas. Las tensiones derivadas de esta norma han propiciado varias discusiones, que en general han sido abordadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en sus informes y recomendaciones —especialmente por restricciones impuestas por dictaduras, durante guerras civiles o a causa de los principios de ciertos modelos de estado— y no por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). No obstante, esta última ha aportado elementos valiosos sobre este derecho en sus opiniones consultivas.

El manejo de la dogmática del derecho a la libertad de conciencia y de religión ha sido similar a los desarrollos de Europa: el derecho contempla un aspecto externo y uno interno. El externo consiste en la libertad de profesar y divulgar sus creencias de manera individual o colectiva en la esfera pública o privada. El aspecto interno implica la libertad de conservar o de cambiar de religión o de creencias. Solamente el aspecto externo podría ser objeto de las restricciones que sean establecidas legalmente y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades de los demás. Adicionalmente, los Estados están obligados, a través de la ley, a prohibir la apología del odio religioso como incitación a la violencia y otras acciones ilegales similares contra una persona o grupo por motivos religiosos. Sin embargo, la norma no contempla la obligación de los Estados de reconocer la objeción de conciencia.

Los principales problemas que ha afrontado la región tienen que ver con las tensiones básicas que genera este derecho: discriminación, objeción de conciencia, reconocimiento de organizaciones religiosas, protección de minorías religiosas, entre otras. Con todo, existen particularidades propias del contexto político y de la historia de la región: por ejemplo, la promoción de doctrinas sociales y políticas vinculadas a una visión teológica que ciertos regímenes políticos han perseguido ilegítimamente y el reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas.

La CIDH ha reconocido que los Estados tienen la obligación de controlar a los grupos que discriminan, promueven el odio religioso, persiguen u obstaculizan el ejercicio de derechos religiosos. Pero en ocasiones han sido los mismos Estados quienes directamente han afectado ese derecho. Por ejemplo, la CIDH constató obstáculos para ciertas religiones (Testigos de Jehová en Argentina y Paraguay, comunidad judía en Venezuela). Uno de los casos más alarmantes fue la persecución a la Iglesia católica durante la dictadura en Guatemala y durante la guerra civil en El Salvador debido a las actividades de asistencia religiosa y social, así como a los llamados a la no violencia. En todos los casos la CIDH ha llamado la atención de los Estados para eliminar las restricciones indebidas, sancionar las conductas que restrinjan el libre ejercicio del derecho, y adoptar medidas que garanticen la no repetición de estos hechos.

El trabajo de la CIDH también ha sido notable en el caso cubano, donde existían severas restricciones a la libertad religiosa debido al régimen político establecido. No obstante, la posición de la Comisión fue constante, y hace poco se logró una reforma constitucional a favor del derecho a la libertad de pensamiento y de religión.

En cuanto a la relación entre la cultura, la espiritualidad y la posesión de tierras tradicionales de comunidades indígenas, no existe claridad ni uniformidad en los pronunciamientos de la CIDH y, por el contrario, aparece un elemento crítico, que eventualmente ocupará la atención tanto de la Comisión como de la Corte.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido muy poco al derecho a la libertad de conciencia y de religión; en general lo ha hecho en ejercicio de su función consultiva con respecto a la intangibilidad de derechos y garantías y a la obligatoriedad de un recurso efectivo para su protección. En ese sentido, el derecho a la libertad de conciencia y de religión es intangible en su dimensión interna, y en su dimensión externa solo puede ser restringido bajo ciertas circunstancias determinadas por la CADH y, en todo caso, dada la intangibilidad del derecho, el recurso efectivo a través del cual se protege también es intangible.

En sede contenciosa, la Corte solo ha proferido una sentencia que trata directamente el tema con respecto a la censura de una película sobre la vida de Jesús. La Corte IDH no encontró que se hubiera producido una interferencia con art. 12 de la CADH por censurar un filme que, según los peticionarios, daba información sobre la religión y podría incidir en la decisión de la comunidad. Aunque sí descalificó la censura, la Corte consideró que ésta no lesionaba el derecho a la libertad de conciencia o de religión, pues no privó a ninguna persona de su derecho a conservar, cambiar, profesar o divulgar con libertad su religión o creencias.

A pesar de la inexistencia de otras decisiones al respecto —en términos de *rationes decidendum*— también se han presentado intentos por construir una dogmática que relacione la libertad de conciencia y de religión con el territorio ancestral en el caso de comunidades indígenas; sin embargo, aún no es clara la conceptualización.

En cuanto a la metodología de análisis de las restricciones a este derecho, llama la atención que la Corte IDH haya destacado que el art. 12 de la CAHD se refiere a la necesidad de aplicar un juicio de proporcionalidad en los casos en los que haya restricciones a la esfera externa del derecho, con lo cual parece asumirse la tendencia del modelo europeo.

Ethel Nataly Castellanos Morales

Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (jurisprudencia europea)

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión ha enfrentado algunos de los grandes desafíos de la integración: respetar diferentes tradiciones constitucionales y proteger los derechos individuales en medio de herencias religiosas y culturales diversas. El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) contempla este derecho en su art. 9, sin definir lo que es una religión; sin embargo, se ha enfatizado en la seriedad e importancia de la creencia, la cohesión de grupo y su compatibilidad con la dignidad humana.

El CEDH distingue un ámbito interno y uno externo de este derecho: las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión —dimensión interna— son intangibles; las libertades de manifestación de pensamiento, de conciencia y de religión —dimensión externa— sí se pueden restringir para proteger el orden público y los derechos y libertades de los demás. Ejemplos de la dimensión interna son la no obligatoriedad de jurar como requisito para posesionarse en un cargo público, por cuanto obliga a manifestar una creencia específica; y la prohibición de utilizar categorías religiosas como datos relevantes en los documentos de identidad, por exhibir y clasificar al sujeto como creyente. La dimensión externa se ejemplifica con la vestimenta religiosa o con las manifestaciones de pacifistas que se oponen al servicio militar obligatorio. Este último ejemplo recuerda que el ámbito de protección del art. 9 abarca a sujetos religiosos y no religiosos.

Además de estas distinciones, la jurisprudencia del TEDH ha acudido a los principios de neutralidad y de amplitud del margen de apreciación de los Estados para resolver los casos que involucran estos derechos. El primero de estos principios se ha aplicado, entre otras, a través de las siguientes formulaciones: i) el Estado debe ser neutral con respecto a la organización interna de grupos religiosos y a la selección de sus líderes; ii) si los Estados lo deciden, pueden establecer procedimientos para el reconocimiento oficial de los grupos religiosos, pero no pueden usarlos para favorecer o perjudicar a alguno de ellos, y iii) los Estados pueden regular los lugares de culto bajo las mismas condiciones mencionadas en ii).

El principio de neutralidad, sumado a las obligaciones de un Estado democrático, llevan al deber de garantizar tolerancia en caso de choques entre grupos religiosos. Para el cumplimiento de estas obligaciones, cuya complejidad no es de poca monta en el contexto europeo, la jurisprudencia del TEDH

ha reconocido que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación que permite considerar el contexto específico.

Los casos que ha estudiado el TEDH implican restricciones al art. 9 del CEDH, y los peticionarios cuestionan el sustento de las mismas. Por eso la herramienta metodológica que ha usado el TEDH corresponde a un juicio de proporcionalidad, en el que analiza la legitimidad de las medidas, que puede corresponder a su legalidad o a la persecución de un fin legítimo, según el CEDH; la necesidad de las mismas, consistente en la inexistencia de otras medidas menos restrictivas del derecho, y su proporcionalidad en sentido estricto, que implica que el beneficio de la medida en términos de derechos es mayor que la restricción de los mismos.

Algunas de las reglas jurisprudenciales del TEDH en la materia son las siguientes. El TEDH ha reconocido la autonomía de cada Estado para reconocer o no la objeción de conciencia. Sin embargo, en casos extremos y en países que no protegen a los objetores, el TEDH les ha dado protección con base en otros derechos distintos al art. 9 del CEDH; por ejemplo, la prohibición de tratamiento degradante y el principio de no discriminación.

La jurisprudencia del TEDH considera violatorias del CEDH las prohibiciones genéricas y poco precisas de proselitismo, porque aunque ese tipo de prohibiciones puede ser legítimo para mantener la paz y la democracia, la extrema amplitud normativa no es necesaria, ya que pueden existir otras medidas menos restrictivas del derecho.

El TEDH considera que el deber de neutralidad e imparcialidad del Estado es incompatible con la aplicación del margen de apreciación sobre la legitimidad de las creencias religiosas para efectos, entre otros, del reconocimiento legal de las Iglesias. Por otro lado, la jurisprudencia entiende que los derechos contenidos en el art. 9 del CEDH exigen al Estado asegurar que los grupos religiosos enfrentados entre sí por razones religiosas se toleren y puedan profesar sus creencias libremente. Aunque es legítimo adoptar medidas para el mantenimiento del orden público y los principios democráticos, la denegación de reconocimiento no es una medida necesaria, y resulta desproporcionada.

Sobre los lugares de culto, el TEDH ha considerado que es violatoria de la obligación de neutralidad e imparcialidad la irrupción injustificada de autoridades estatales en una reunión de culto que se realice en un lugar alquilado para ese efecto si no se hace de acuerdo con la ley

Por otra parte, el TEDH ha establecido que el solo hecho de utilizar vestimenta con connotaciones religiosas en un lugar público no influencia a otros ni viola la neutralidad estatal; por lo tanto, no puede prohibirse. Sin embargo, en otros casos la posición del sujeto y la de su eventual audiencia son relevantes, y hacen necesaria la restricción del uso de prendas con connotaciones religiosas. Fue el caso de una profesora de primaria que usaba prendas islámicas en sus clases, y la escuela se lo prohibió. El TEDH consideró que la restricción era necesaria en una sociedad democrática y proporcional al fin legítimo de proteger los derechos y libertades de otros, el orden y la seguridad públicos, ya que era muy difícil conciliar el principio democrático de la igualdad de género con el precepto religioso; además, enfatizó en la eventual posición de influen-

cia de la maestra sobre los niños. En otros casos el TEDH ha considerado admisible la prohibición de usar burka o pañuelos islámicos en universidades públicas. La jurisprudencia entiende que la interferencia al derecho está justificada porque su objetivo es proteger las libertades y derechos de otros, así como el orden público. El derecho a la libertad religiosa no es absoluto, y toma en consideración elementos de demografía política, porque bajo ciertos contextos tales restricciones ayudan a considerar y respetar todos los intereses religiosos. En este tipo de casos, la manifestación de símbolos religiosos en países con mayorías religiosas puede constituir presión a los estudiantes que no practican esa religión, y las restricciones se consideran legítimas y necesarias para proteger a la ciudadanía frente al extremismo religioso. De acuerdo con ello, el TEDH favorece el margen de apreciación, ya que las normas estatales deben proteger los derechos y libertades de los ciudadanos y mantener el orden público.

Sin embargo, la jurisprudencia no es tan clara en el caso del uso de símbolos religiosos en lugares públicos. El TEDH ha aceptado que la instalación de crucifijos en escuelas públicas es admisible, porque se trata de un símbolo pasivo que no ejerce influencia o adoctrinamiento en los demás ni los hace partícipes en actividades religiosas de manera obligada. En ese sentido, no es proselitismo religioso, y no viola el art. 9 del CEDH.

Adicionalmente, cabe anotar que la jurisprudencia europea ha considerado que si los sujetos conocen las condiciones de ciertos establecimientos —como empleos y universidades— que implican restricciones al art. 9, y aún así se hacen parte de sus actividades, no podrían luego alegar violación de su derecho. Por eso los empleadores no están obligados a facilitar espacios o tiempos de culto.

Sin embargo, el art. 9 tiene varias facetas en el ámbito laboral, como lo muestra un caso reciente del TEDH, que estableció que una empleada cristiana podía usar un crucifijo de manera visible mientras atendía a los clientes de la empresa. Para el TEDH, la restricción a ese derecho que ejerció el empleador no superaba el juicio de necesidad. Sin embargo, como es propio del derecho jurisprudencial, los fundamentos fácticos de cada caso son relevantes para las decisiones. En un caso similar que trascurrió en un hospital, la restricción fue hallada legítima y necesaria por razones de seguridad laboral, seguridad de los pacientes y de salubridad.

En el mismo escenario laboral se han presentado conflictos de empleados religiosos que se niegan a adelantar ciertas funciones por considerarlas contrarias a su fe. Esos fueron los casos de un empleado que se negaba a adelantar funciones propias del registro civil en el caso de uniones de parejas del mismo sexo y de un terapeuta que se negaba a atender a estas parejas. En los dos casos el TEDH consideró que los despidos de los dos funcionarios fueron legítimos y necesarios porque buscaban la protección de los derechos de otros, que además eran personas históricamente discriminadas, por lo que es del interés de la democracia eliminar esa discriminación. La necesidad de la medida fue constatada por el TEDH, ya que no existía otra forma de lograr el objetivo propuesto de tratar en igualdad de condiciones a las parejas del mismo sexo.

La complejidad de la jurisprudencia es notable, y los desafíos que aún debe enfrentar el TEDH son inmensos. Sin embargo, las *rationes decidendum* establecidas, aunque muchas de ellas sean altamente cuestionables, operan como fuente fundamental para la resolución de casos futuros.

Ethel Nataly Castellanos Morales

Derecho a la libertad personal

El derecho a la libertad personal es el derecho humano relativo a la protección física de las personas en contra de arrestos, detenciones u otras formas de privación ilegal o arbitraria por parte de los poderes públicos.

La anterior definición se ha manejado con frecuencia, como puede identificarse en diversas Constituciones latinoamericanas, en tratados internacionales de derechos humanos, y en su interpretación, corresponde a un sentido estricto y de forma negativa; es decir, que se protege en contra de su limitación; no obstante, como da muestra la reciente jurisprudencia interamericana, el derecho a la libertad personal, en un sentido amplio, se ha entendido como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado que la libertad personal es una condición que toda persona en lo general debe disfrutar.

Etimológicamente, la palabra "libertad" proviene del latín *libertas* o *libertatis,* que se identificaba con el estatus de ser libre, en oposición a la de ser esclavo. En la actualidad, la prohibición de la esclavitud también se reconoce como un derecho humano. Aunque por lo regular esta prohibición y el derecho a la libertad personal son abordados de forma independiente en los distintos instrumentos nacionales e internacionales, países como Ecuador (a. 66.29 b y c) y Perú (a. 2.24) los protegen en mismo art. constitucional.

Entre las diversas construcciones conceptuales de "libertad" puede destacarse la de Isaiah Berlín, en el siglo XX, quien dividió la libertad en: 1) libertad negativa o "libertad de", relacionada con la ausencia de obstáculos para su ejercicio, y 2) libertad positiva o "libertad para", en donde la voluntad es un elemento crucial. Esta clasificación ha sido seguida por diversos autores, entre ellos Norberto Bobbio, quien definió a la libertad negativa como la situación en la cual un sujeto tiene la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos; asimismo, sobre la libertad positiva señaló que se identifica con una cualificación de la voluntad.

Francisco Laporta, desde un punto de vista jurídico-político, señaló que hay libertad para actuar cuando: 1) no existe una norma jurídica que prohíba hacerlo, entonces se puede actuar libremente; 2) no existe una norma que obligue a actuar de determinada manera, la ausencia de obligación permite igualmente actuar libremente, y 3) existe una norma que permite actuar de determinada forma. Con relación a lo anterior, la Constitución de Perú precisa en su art. 2.23, que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales; en consecuencia, "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe". Disposiciones similares contemplan los ordenamientos constitucionales de Ecuador (a. 66.29 d) y

Guatemala (a. 5). Por su parte, Miguel Carbonell relaciona el tercer supuesto de la clasificación señalada, con los *derechos fundamentales de libertad* que se encuentran reconocidos en las Constituciones modernas y en los tratados internacionales en la materia; entre ellos se encuentran la libertad de tránsito, de religión, de expresión, de asociación, entre otras. Sin detenernos en ellas, por no ser objeto de la presente voz, un elemento que se puede destacar es que los poderes públicos están obligados a no interferir en las conductas amparadas en estos derechos y también a resguardar su cumplimiento.

El derecho a la libertad personal se encuentra reconocido en diversas Constituciones de los países latinoamericanos, entre las que se encuentran Argentina (43), Bolivia (23); Brasil (5.LIV), Colombia (28), Costa Rica (20 y 37), Chile (19.7), Ecuador (66.29), el Salvador (11), Guatemala (5 y 6), Honduras (69 y 71), México (14), Nicaragua (25.1 y 33), Panamá (21), Paraguay (9 y 11), Perú (2.24), República Dominicana (40) y Venezuela (60). Asimismo, España (17).

En el derecho internacional de los derechos humanos también está protegido el derecho la libertad personal. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, lo formuló relacionado con la prohibición de esclavitud y la detención arbitraria (3, 4 y 9).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) contempló el derecho a la libertad personal (9) y dispuso la prohibición de detenciones o prisión arbitrarias. El Comité de Derechos Humanos, órgano creado en virtud de este tratado, en su observación general 8, señaló que el art. 9, párrafo 1, es aplicable "a todas las formas de privación de libertad, ya sea como consecuencia de un delito o de otras razones, como por ejemplo las enfermedades mentales, la vagancia, la toxicomanía, las finalidades docentes, el control de la migración". Asimismo, dispone el derecho de toda persona a ser informada de las razones de la detención, el derecho a ser llevada sin demora ante el juez para ser juzgada o puesta en libertad, a recurrir ante un tribunal y al derecho de obtener reparación por su detención o privación ilegal.

Los tratados regionales de derechos humanos consagran también el derecho a la libertad personal. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales precisa ciertos supuestos en los que está permitida la detención y las garantías que deben acompañar a limitación de este derecho (5); la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos consagra este derecho y prohíbe su privación ilegal o arbitraria (6), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege este derecho y dispone las garantías que deben acompañar su limitación (7).

El derecho a la libertad personal ha sido protegido de forma paralela con la seguridad personal por distintos tratados internacionales, como el PIDCP, los tratados regionales antes referidos y algunos ordenamientos constitucionales, entre los que se pueden mencionar los de Bolivia, Chile, Paraguay, Perú y España. Lo anterior, en el sentido que se protege la libertad física de la persona en contra de su afectación por otras.

Como garantías específicas del derecho a la libertad personal, en sentido estricto; es decir, en la protección física de la persona, se pueden identificar: la prohibición de arresto o detención arbitraria, la legalidad en la privación de la libertad, el derecho a ser informado de las razones de la detención, a ser

presentado ante un juez en un plazo razonable, el derecho al control judicial de los arrestos y detenciones y la compensación por el arresto o detención ilegal o arbitraria. Asimismo, se relaciona con la prohibición de la desaparición forzada de personas, que justamente inicia con la privación de la libertad protegida por las convenciones Internacional e Interamericana en la materia.

Mireya Castañeda

Derecho a la libertad personal (jurisprudencia constitucional)

El derecho a la libertad personal, consagrado en diversos ordenamientos constitucionales y en tratados internacionales de derechos humanos, ha sido interpretado por diversos órganos jurisdiccionales o constitucionales competentes en el ámbito interno de los distintos países, emitiendo criterios de prioritaria importancia. Como algunos ejemplos de interpretación constitucional de este derecho se pueden mencionar los siguientes:

La Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia C-163/08, señaló que del preámbulo y de diversos artículos de la Constitución de Colombia se deriva la consagración de la libertad como principio sobre el cual reposa la construcción política y jurídica del Estado y como derecho fundamental, dimensiones que determinan el carácter excepcional de la restricción de la libertad individual. En las sentencias C-730/2005 y C-1001/05, entre otras, señaló que el art. 28 de su Constitución representa la cláusula general del derecho a la libertad personal, en donde se reconoce que "toda persona es libre". Este derecho puede tener límites, pero no puede ser arbitraria, por lo que la norma constitucional alude a garantías que están estructuradas en forma de reglas, encaminadas a delimitar de manera estricta la actividad del Estado frente a esta libertad fundamental. Por lo anterior, nadie puede ser detenido ni apresado sino: 1) en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente; 2) con las formalidades legales; 3) por motivo previamente definido en la ley; 4) la persona detenida previamente será puesta a disposición de juez competente, y 5) la detención no podrá ser por deudas.

En México, se ha señalado en una tesis de jurisprudencia en materia constitucional, que la libertad personal, entendida en sentido amplio, "es la capacidad de hacer o no hacer todo lo que está lícitamente permitido, luego, los actos que la restrinjan o limiten más allá de lo razonable, aun cuando no exista una determinación por escrito al respecto, violan ese derecho humano" (TA, 10ª época, T.C.C., *S.J.F y su Gaceta*; libro XV, diciembre de 2012, tomo 2, p. 1435).

El Tribunal Constitucional de España, en su sentencia STC 120/1990, abordó el concepto constitucional de libertad personal, y diferenció entre la libertad como autonomía del individuo para elegir diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses protegida en el art. 1.1 constitucional, y la libertad personal protegida en el art. 17.1 del mismo ordenamiento, relativa a la libertad física frente a la detención, condena o internamiento arbitrarios.

Mireya Castañeda

Derecho a la libertad personal (jurisprudencia europea)

El derecho a la libertad personal está protegido en el art. 5 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales. El numeral dispone el derecho de toda persona a la libertad y seguridad. Este derecho puede tener limitaciones, que pueden derivar en la privación legal de la libertad, como son: que sea en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente; por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley; que sea conforme a derecho para comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido. En el mismo sentido, contempla disposiciones relativas a la detención de niños por razones médicas o sociales, y a extranjeros.

El citado numeral establece también ciertas garantías para la privación de la libertad de una persona, como son: el derecho a ser informada de las causas de su detención en un plazo breve y en la lengua que comprenda, que sea presentada ante un juez y a ser juzgada en un plazo razonable o puesta en libertad, a presentar un recurso sobre la legalidad de su privación y, en su caso, a una reparación.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha emitido diversas sentencias, en donde ha entrado al estudio del derecho a la libertad personal. Por ejemplo, en el caso *Mckay v. The United Kingdom* (2006) señaló que el art. 5, junto con los arts. 2, 3 y 4, son derechos fundamentales que protegen la seguridad física e individual, y cada uno es de importancia primordial, en tanto que el propósito del numeral 5 es prevenir la privación de la libertad arbitraria o injustificada (párr. 30). En el caso *Ladent v. Poland* (2008), señaló que el derecho a la libertad y seguridad personal es de la más alta importancia "en una sociedad democrática" de acuerdo con el significado de la Convención (párr. 45). En el mismo sentido se pronunció en el caso *Medvedyev and others v. France* (2010 párr. 76).

En el caso *Engel and others v. The Netherlands* (1976), señaló que el derecho a la libertad personal (art. 5.1) es compatible con la noción de libertad individual en sentido clásico; esto es, la libertad física de la persona, y pretende que nadie sea desposeído de ella de forma arbitraria (párr. 58). En el caso *Guzzardi v. Italy* (1980), señaló que la privación de la libertad se puede identificar con la clásica detención en prisión o estricto arresto, pero que se puede presentar en otras numerosas formas (párr. 95). En este mismo caso indicó que la privación de libertad, según el art. 5, depende de la situación concreta en la que deben ser considerados distintos criterios, como el tipo, duración, efectos y la manera de implementación (párr. 92). Precisó que la diferencia entre la privación y la restricción de la libertad es relativo al grado o intensidad y no a la naturaleza y sustancia (párr. 95). Los anteriores criterios han sido recogidos en casos más recientes, como el caso *Medvedyev and others v. France* (2010, párr. 73) y el caso *Creangă v. Romania* (2012, párr. 91).

Por otro lado, el TEDH, en el caso *Rantsev v. Cyprus and Russia* (2011), ha indicado que la privación de la libertad, en el significado del art. 5.1, aunque el tiempo de la misma sea corto, ello no afecta la conclusión sobre su concul-

cación, sino que debe enfatizarse la seriedad de la naturaleza y las consecuencias de la detención en el caso (párr. 317). En el mismo sentido se pronunció en el caso *Iskandarov v. Russia* (2010, párr. 140).

Con relación a las obligaciones positivas respecto a la privación de la libertad de las personas, en el caso *Storck Germany* (2005), señaló que el Estado está obligado a tomar medidas efectivas para proteger a las personas vulnerables, incluida la prevención de la privación de la libertad (párr. 102).

Mireya Castañeda

Derecho a la libertad personal (jurisprudencia interamericana)

El derecho a la libertad personal está protegido en el art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este numeral se encuentra contemplada la prohibición de la privación, detención o encarcelamiento arbitrarios de una persona, el derecho a ser informada de las razones de su detención, el derecho a ser llevada ante un juez o dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad; el derecho a recurrir ante un tribunal competente para que decida sobre la legalidad del arresto y la prohibición de prisión por deudas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entrado al estudio del derecho a la libertad personal en diversas ocasiones. Entre su jurisprudencia más destacable y reciente se pueden señalar los siguientes casos. En el *caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica* (2012) señaló que el art. 7 interpretado en forma amplia incluye un concepto de libertad en sentido extenso, como el derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, relativo a la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. Constituye así el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones (párr. 142). Lo anterior también lo había señalado en el *caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* (2007), aunque en esta ocasión destacó que el art. 7 protegía el derecho a libertad física del titular del derecho, y que se expresa normalmente en el movimiento físico, cuya afectación se da de forma negativa con la privación o restricción de la libertad (párr. 53).

En el *caso Familia Barrios vs. Venezuela* (2011) y en el *caso Usón Ramírez vs. Venezuela* (2009), destacó que el art. 7 tiene dos tipos de regulaciones; una general, que indica el derecho de toda persona a la libertad y seguridad personales, y una específica, compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (2) o arbitrariamente (3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (5), y a impugnar la legalidad de la detención (6) (párr. 54 y 143, respectivamente).

En el *caso García y familiares vs. Guatemala* (2012), la Corte reiteró: 1) el aspecto material de la restricción al derecho a la libertad personal, que debe estar fijado en las Constituciones o leyes dictadas conforme a ellas, y 2) el aspecto formal, relativo a la estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la mismas. Asimismo, el Tribunal ha considerado que

toda detención, independientemente del motivo o duración de la misma, tiene que ser debidamente registrada en el documento pertinente, señalando con claridad las causas de la detención, quién la realizó, la hora de la detención y la hora de su puesta en libertad, así como la constancia de que se dio aviso al juez competente, como mínimo, a fin de proteger contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física (párr. 100).

Otra sentencia que aborda una temática interesante es el *caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia* (2006), en donde la Corte analizó la privación ilegal de la libertad de manera conjunta con la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio.

Mireya Castañeda

Derecho a la nacionalidad

En una concepción básica, podemos entender a la nacionalidad como un vínculo de orden jurídico que tiene una persona para con un Estado-nación, generándole un sentido de pertenencia con ésta, otorgándole derechos y obligaciones. De igual forma, podemos entender a la nacionalidad como una condición particular de los habitantes de un determinado lugar (nación), pertenecientes a éste, generándoles derechos y aspectos propios del lugar, y reconocimiento dentro de la sociedad en la que se desenvuelven cotidianamente. La nacionalidad se puede establecer desde diversos puntos de vista, ya sea desde un ámbito social o desde un ámbito jurídico-político. Lo anterior la ubica en el supuesto de ser reconocida como un derecho humano. Es de señalar que la nacionalidad se obtiene mediante diversos factores, que dependen de la normatividad interna de cada nación, sin que se desconozca la protección y reconocimiento que se le otorga a este derecho a nivel internacional.

Los derechos humanos son un instrumento de reconocimiento de la personalidad, misma que en un comienzo fue de naturaleza civil o privada, hasta llegar a un reconocimiento por parte de las propias autoridades, extendiéndose para ubicarlos dentro de un panorama internacional, dándoles mayor fuerza y protección frente a cualquier transgresión que pudiera ocasionárseles. Por ello, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (proclamada el 10 de diciembre de 1948) hizo un reconocimiento de derechos iguales a toda persona, de entre los cuales no podía faltar el derecho humano a una nacionalidad que identifique a la persona (art. 15); además, se establece que se protegerá la nacionalidad de la persona, pues no se podrá privar de ella arbitrariamente.

Dentro de la teoría de los derechos humanos, estos se pueden diferenciar por generaciones; lo anterior, atendiendo a su orden prelativo de reconocimiento por los Estados y naciones. Por ello, al ser la nacionalidad un derecho de índole civil (estatus civil de la persona residente y perteneciente a una determinada nación, lo cual le genera derechos y obligaciones, entre los cuales encontramos, a manera de ejemplo, recibir educación otorgada por el Estado; enrolarse en el servicio militar y contribuir al gasto público, entre otros.) y político (generando de igual forma derechos y obligaciones, entre los cuales encontramos participar en asuntos públicos, votar, y la posibilidad de ser electo en cargos públicos de elección popular), se le ubica en los derechos

individuales clásicos o también llamados de *primera generación*, los cuales surgen del liberalismo político del siglo XVIII, y fueron instaurados en las primeras Constituciones escritas (Fix-Zamudio).

La nacionalidad se puede adquirir por diversas formas, las cuales son: i. *Nacionalidad originaria*, aquella que se adquiere con el nacimiento en un determinado Estado-nación (*ius soli*); es decir, se adquiere la nacionalidad del territorio en el que se nació, o la que se adquiere por la estirpe de la persona (*ius sanguinis*); es decir, corresponde a la calidad de nacionalidad que tengan los padres, a efecto de que el hijo herede alguna (filiación), y ii. *Nacionalidad derivada*, la cual se genera con la modificación primigenia de la nacionalidad, para adquirir la de otro Estado, en términos de la normatividad que le es aplicable.

Existen diversos Estados en los que la nacionalidad se vincula estrechamente a la autoridad estatal. Tal es el caso de países como Argentina, España, Chile, entre otros; es decir, la nacionalidad debe ser documentada mediante un certificado emitido por la autoridad estatal en la que se le reconozca dicha calidad. Lo anterior, a través de diversos requisitos establecidos en sus propias normas, previéndose, además, derechos y obligaciones para con el Estado al que pertenecen y les expidió su nacionalidad.

En el caso del Estado mexicano, la nacionalidad es un derecho reconocido dentro de su Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (promulgada el 5 de febrero de 1917), en sus arts. 30, 32 y 37. En ese sentido, se prevé como un derecho que puede adquirirse en dos formas: i. Nacimiento (los nacidos dentro del país sea cual fuere la nacionalidad de los padres, los que nazcan en el extranjero, pero que sean hijos de padre o madre mexicanos, estos últimos aun cuando fueran por naturalización, y los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes), y ii. Naturalización (los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones Exteriores una carta de naturalización, así como la mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos en ley). Además, la normatividad mexicana protege a la nacionalidad como un derecho reconocido en el ámbito nacional y extranjero, por lo que en ningún caso, siendo mexicano por nacimiento, se puede privar de dicha calidad; contrario a ello, en el supuesto de que el derecho haya sido adquirido mediante la naturalización, éste sí se puede perder bajo algunas circunstancias, como lo son: i. La adquisición voluntaria de una nacionalidad extranjera; ii. Por hacerse pasar en cualquier instrumento público como extranjero; iii. Por usar un pasaporte extranjero; iv. Por aceptar o usar títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado extranjero, y v. Por residir durante cinco años continuos en el extranjero.

Es de resaltar que a nivel internacional se ha establecido un reconocimiento y protección de manera constante al derecho que se tiene a la nacionalidad, el cual, al ser un estado civil de las personas, sirve como base para el reconocimiento de otros derechos humanos. Por ello, de conformidad con la Convención American sobre Derechos Humanos, Pacto de San José (suscrita en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969), en su art. 20 se reconoció y protegió la nacionalidad, estableciendo que "Toda persona tiene

derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra”, además, “a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla”.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido el concepto de nacionalidad como “el vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él, con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática”; además, señaló el referido Tribunal que el art. 20 del Pacto de San José recoge un doble aspecto en el tema de la nacionalidad, pues “significa dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales, al establecer a través de su nacionalidad su vinculación con un Estado determinado”, y por otra implica “protegerlo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo” (propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, opinión consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984, Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Por último, es preciso mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce el derecho a la nacionalidad sin hacer diferenciación alguna en la forma que fuera adquirida, ya sea por nacimiento, naturalización o algún otro medio establecido en cualquier normatividad de los Estados-nación (caso Ivcher Bronstein *vs.* Perú, sentencia del 6 de febrero de 2001, Corte Interamericana de Derechos Humanos).

César Bernal Franco

Derecho a la protección judicial (jurisprudencia constitucional)

La protección judicial se refiere al derecho de toda persona de contar con un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que permitan reparar la trasgresión de su esfera jurídica. Tiene como objeto garantizar formal y materialmente en sede jurisdiccional los derechos establecidos en el orden jurídico nacional; es decir, la posibilidad de obtener a través de los jueces y tribunales esa protección.

La protección judicial comprende el derecho a un procedimiento justo, imparcial y ágil, al margen de su resultado a favor o no de la persona que acude ante el tribunal.

El párrafo segundo del art. 17 de la Constitución consagra el derecho a la protección judicial, al disponer que “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”.

Esa disposición contiene diversas garantías, que se deben observar en el sistema de administración de justicia mexicana, las cuales se tratarán más adelante.

El cambio constante de paradigmas dentro de una sociedad democrática hace que la función legislativa no pueda ser completa y actualizada, implicando que sus conceptos deban ser precisados a través del operador jurídico jurisdiccional ante situaciones jurídicas concretas.

El derecho a la protección judicial o bien la garantía a la tutela jurisdiccional efectiva ha sido materia de desarrollo jurisprudencial a través del Poder Judicial de la Federación, trasladando el marco conceptual normativo al campo de la realidad del quehacer jurídico, sustentado en los principios mínimos que se precisan a continuación: *1*. Cualquier persona se encuentra en aptitud de acudir ante un tribunal del Estado para solicitar la solución de una controversia relacionada con la pretensión de un derecho o el cumplimiento de una obligación; *2*. La petición referida sea admitida, tramitada y resuelta en un plazo breve; *3*. El tribunal tramite y resuelva con imparcialidad; *4*. Resuelva con exhaustividad y congruencia, y *5*. La sentencia sea ejecutada. (Acceso a la impartición de justicia. El artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece diversos principios que integran la garantía individual relativa, a cuya observancia están obligadas las autoridades que realizan actos materialmente jurisdiccionales). La garantía individual de acceso a la impartición de justicia consagra a favor de los gobernados los siguientes principios: 1. De justicia pronta, que se traduce en la obligación de las autoridades encargadas de su impartición de resolver las controversias ante ellas planteadas, dentro de los términos y plazos que para tal efecto establezcan las leyes; 2. De justicia completa, consistente en que la autoridad que conoce del asunto emita pronunciamiento respecto de todos y cada uno de los aspectos debatidos cuyo estudio sea necesario, y garantice al gobernado la obtención de una resolución en la que, mediante la aplicación de la ley al caso concreto, se resuelva si le asiste o no la razón sobre los derechos que le garanticen la tutela jurisdiccional que ha solicitado; 3. De justicia imparcial, que significa que el juzgador emita una resolución apegada a derecho, y sin favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido; y, 4. De justicia gratuita, que estriba en que los órganos del Estado encargados de su impartición, así como los servidores públicos a quienes se les encomienda dicha función, no cobrarán a las partes en conflicto emolumento alguno por la prestación de ese servicio público. Ahora bien, si la citada garantía constitucional está encaminada a asegurar que las autoridades encargadas de aplicarla lo hagan de manera pronta, completa, gratuita e imparcial, es claro que las autoridades que se encuentran obligadas a la observancia de la totalidad de los derechos que la integran son todas aquellas que realizan actos materialmente jurisdiccionales, es decir, las que en su ámbito de competencia tienen la atribución necesaria para dirimir un conflicto suscitado entre diversos sujetos de derecho, independientemente de que se trate de órganos judiciales, o bien, solo materialmente jurisdiccionales (Tesis: 2a./J. 192/2007 Novena Época, Segunda Sala, SCJN, octubre, 2007. Además en: Garantía a la tutela jurisdiccional prevista en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sus alcances. La garantía a la tutela jurisdiccional puede definirse como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para

acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión. Ahora bien, si se atiende a que la prevención de que los órganos jurisdiccionales estén expeditos —desembarazados, libres de todo estorbo— para impartir justicia en los plazos y términos que fijen las leyes, significa que el poder público—en cualquiera de sus manifestaciones: Ejecutivo, Legislativo o Judicial— no puede supeditar el acceso a los tribunales a condición alguna, pues de establecer cualquiera, ésta constituiría un obstáculo entre los gobernados y los tribunales, por lo que es indudable que el derecho a la tutela judicial puede conculcarse por normas que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carentes de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador. Sin embargo, no todos los requisitos para el acceso al proceso pueden considerarse inconstitucionales, como ocurre con aquellos que, respetando el contenido de ese derecho fundamental, están enderezados a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida, como es el caso del cumplimiento de los plazos legales, el de agotar los recursos ordinarios previos antes de ejercer cierto tipo de acciones o el de la previa consignación de fianzas o depósitos. 9a. Época, Primera Sala, SCJN, abril, 2007, Tesis aislada.)

En la lógica de los párrafos segundo y sexto del art. 17 constitucional se procede a comentar las garantías que ahí se consagran.

Protección judicial gratuita. El carácter gratuito de la tutela jurisdiccional, así como las garantías de independencia judicial y ejecución de las sentencias son inherentes a ese derecho, por lo que para su garantía plena se armonizan con otras disposiciones de igual jerarquía; por ejemplo, en los arts. 1o., 14 y 20 constitucionales.

La justicia gratuita consiste en que la persona no tiene que retribuir al tribunal que juzgó su caso por el servicio de administración de justicia. En este sentido se ha pronunciado la judicatura federal; además, ha establecido diversas tesis, en las que ha razonado que si bien una de las partes en el juicio debe realizar alguna erogación, ésta no implica una violación de tal prohibición; por ejemplo: *1*. Pago de daños y perjuicios al actor originados por falta grave de la autoridad demandada (Daños y perjuicios en el juicio contencioso administrativo originados por "falta grave". El artículo 6o., cuarto párrafo, de la Ley Federal de Procedimiento Relativa, al prever el pago de los causados al actor, a cargo de la autoridad demandada, no viola la garantía de gratuidad de justicia contenida en el artículo 17, segundo párrafo, de la Constitución federal. 9a. Época, T.C.C., octubre, 2011. Tesis aislada); *2*. La carga de imponer al promovente de un recurso de apelación, para su trámite, que señale y exhiba las constancias para formar el cuaderno respectivo (Gratuidad de la administración de justicia. El artículo 719 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Querétaro, que condiciona la tramitación del recurso de apelación a que el ape-

lante señale y exhiba las constancias relativas para formar el cuaderno respectivo, no es violatorio de esa garantía consagrada en el artículo 17 de la Constitución federal. 9a. Época, Segunda Sala, SCJN, abril, 2002. Tesis aislada.); *3*. La condena por concepto de costas procesales (Costas. La condena en tal concepto que establecen diversas legislaciones, sin condicionarla a la existencia de mala fe o temeridad del litigante, no limita la garantía de acceso a la justicia. 10a. Época, Primera Sala, SCJN, junio, 2012, Tesis aislada. Ver además, Costas, la condena al pago de las, prevista por el artículo 1.227, fracción iii, del Código de Procedimientos Civiles Vigente para el Estado de México, no es violatoria del artículo 17 de la Constitución federal. 9a. Época, T.C.C., noviembre, 2005, Tesis aislada.); *4*. La fijación de una caución para desahogar una prueba foránea (Prueba que deba desahogarse fuera del Distrito Federal. El requisito del otorgamiento de una caución para el señalamiento de su recepción no viola la garantía de gratuidad en la administración de justicia (artículo 300 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal). 9a. Época, Pleno, SCJN, septiembre, 1997, Tesis aislada.); y *5*. Los depósitos judiciales destinados al fondo para el mejoramiento de la administración de justicia (Gratuidad de la administración de justicia. Los artículos 3o., inciso d), y 16 de la ley que crea el fondo adicional para el mejoramiento de la Administración de Justicia en el Estado de Puebla no son violatorios de esa garantía. 9a. Época, Pleno, SCJN, octubre, 1995, Tesis aislada).

Por el contrario, se consideran como transgresores de dicho principio los casos siguientes: *1*. Cuando una parte procesal se obliga a proporcionar al funcionario judicial los medios necesarios para realizar alguna diligencia fuera del juzgado (Gratuidad de la administración de justicia. El artículo 25 del Código De Procedimientos Civiles para el Estado de Nuevo León, es violatorio de esa garantía. 9a. Época, pleno, scjn, marzo, 2000, tesis aislada., cuando en los hechos esta práctica es común y su desatención por parte del justiciable vulnera la garantía de justicia expedita y pronta, y *2*. Al imponer al justiciable la obligación de pagar por la expedición de copias certificadas que posibiliten el trámite del recurso de apelación (Recurso de apelación. Es ilegal la determinación del tribunal de alzada de tenerlo por no interpuesto, bajo la consideración de que no fueron exhibidas por el apelante las copias certificadas que habrían de integrar el testimonio de apelación respectivo (artículo 239, párrafo tercero, del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato). 9a. Época, T.C.C., Marzo, 2002, Tesis aislada).

La gratuidad de la justicia es una garantía de carácter general, beneficia a todas las personas sin restricción, aun cuando alguna de ellas no la necesite por su condición socioeconómica; además, tal exención se extiende a los gastos inherentes del proceso, como el de remitir los autos al tribunal de alzada, debido a que este acto forma parte del procedimiento ordinario (Apelación, la remisión de los autos al tribunal de, debe ser gratuita (Legislación de Puebla). 5a. Época, 3a. Sala, SCJN, tomo LXXI).

Protección judicial expedita y pronta. Este derecho reconoce que la protección judicial debe ser expedita y pronta en beneficio de las personas que acuden

al tribunal; es decir, que los juicios se resuelvan dentro de un tiempo razonablemente breve, a efecto de que la sentencia resulte formal y materialmente oportuna, evitando dilaciones indebidas que a la postre se puedan traducir en denegación de justicia.

El tiempo que se considera como razonablemente breve es el que se prevé en la legislación procesal de la materia que se juzga, por lo que su transgresión se traduce en una violación a la garantía de acceso a la justicia (Sentencia definitiva. El hecho de que no se haya emitido resolución sobre la excepción de falta de personalidad, no exime al juez de dictar aquélla en el término señalado por la ley (Legislación del Estado de Jalisco). 9a. Época, T.C.C., septiembre, 2001, Tesis aislada); sin embargo, cabe señalar que sobre el particular se admite una excepción, en el sentido de que el derecho a la justicia pronta debe ceder frente al derecho a la defensa (Garantía de defensa. Prevalece sobre la de pronta impartición de justicia. 9a. Época, t.c.c., octubre, 2002, tesis aislada), en la medida en que esos dos derechos humanos convergen en la misma jerarquía constitucional, por lo que se debe privilegiar el derecho citado en primer lugar, debido a que es el que más beneficia a la persona.

No se pierde de vista que en 1997 la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció como tesis que agotar un procedimiento conciliatorio previo al judicial se contrapone a la garantía de justicia pronta, pues ello no lo reconoce el art. 17 de la Constitución ni reserva su reglamentación al legislador ordinario (Justicia pronta y expedita. La obligatoriedad de agotar un procedimiento conciliatorio, previamente a acudir ante los tribunales judiciales, contraviene la garantía prevista en el artículo 17 constitucional. 9a. Época, Pleno, julio, 1997, Tesis aislada.); sin embargo, este criterio debe ser revisado o abandonado a la luz de los mecanismos alternativos de solución de conflictos que ahora ya reconoce.

Protección judicial completa. La vigencia de esta garantía implica lo siguiente: *1.* El establecimiento de tribunales de justicia; *2.* El resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción; *3.* El emitir sentencia con relación a la *litis* planteada en el juicio (congruencia) y pronunciarse respecto de todos los agravios alegados (exhaustividad) (Congruencia y exhaustividad en sentencias dictadas en amparo contra leyes. Alcance de estos principios. 9a. Época, 1a. Sala, abril, 2005, Jurisprudencia), sin llegar al extremo de obligar a los tribunales a pronunciarse expresamente en sus fallos renglón a renglón, punto a punto de todas las alegaciones, aunque para decidir sí debe analizar en su integridad al planteamiento del problema (Garantía de defensa y principio de exhaustividad y congruencia. Alcances. 9a. Época, t.c.c., marzo, 2002, Jurisprudencia). Conforme a la defensa, a las pruebas y al que le asista un mejor derecho, los tribunales deben otorgar una respuesta favorable o desfavorable a todas las pretensiones de las partes en el juicio.

Protección judicial a la defensa. El proceso, por sí solo, tiene características complejas, y para su éxito se necesita una asistencia técnica jurídica, dado el exceso de formalismos que caracterizan al derecho sustantivo y procesal; de lo contrario, se coloca al justiciable a un estado de indefensión.

El derecho a la asistencia de un abogado tradicionalmente se ha reconocido en el campo del proceso penal. Al respecto, se señala que consiste (Defensa adecuada. Forma en que el juez de la causa garantiza su vigencia. 10a. Época; 1a. Sala, SCJN, julio, 2012, Jurisprudencia) en lo siguiente: *1*. Generar las condiciones formal y material para que el inculpado sea debidamente asistido; *2*. Respetar la garantía de defensa adecuada al no obstruir su materialización, y *3*. Asegurar que se cumplan las condiciones que permitan esa defensa.

En procesos diversos a la materia penal, el art. 17 constitucional no colma en forma plena la garantía a ser oído en juicio. Incluso, legislaciones procesales que prevén necesaria la intervención de un abogado se han declarado inconstitucionales (Profesiones. Inconstitucionalidad del artículo 119 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México. 6a. Época, Pleno, SCJN, enero, 1960. Similar criterio se sostuvo en ese año en las tesis con rubros: profesiones. Inconstitucionalidad de la ley de, para el estado de Michoacán. Y profesiones. Inconstitucionalidad del artículo 119 del Código de Procedimientos Civiles (Legislación del Estado de México).

Para considerar eficaz la tutela jurisdiccional de los derechos se estima conveniente que ésta se debe armonizar con la asistencia jurídica en todo tipo de procesos; con mayor razón, en los litigios donde se involucran derechos o personas de grupos de minorías o vulnerables.

Protección judicial y la ejecución de las sentencias. La plenitud de la protección jurisdiccional se agota con la ejecución material de la sentencia, es la expresión natural del cumplimiento de la decisión. Incluso, si se considera que el acto jurisdiccional culmina con la emisión del fallo, en un espectro amplio la ejecución misma trasciende más allá de ese momento de dictar el derecho.

Emitida la sentencia es ineludible su cumplimiento, al resultar de carácter legal de orden público, incluso quien ha sido condenado no puede eximirse de esa obligación, existen sendas tesis en ese sentido, se citan algunas solo a manera de ejemplo (Sentencia. Su cumplimiento es ineludible. 9a. Época, T.C.C., agosto, 1999, Tesis aislada. Ver además, Amparo ejecutorias de. Su cumplimiento debe ser inmediato. 9a. Época, T.C.C., marzo, 1996, Tesis aislada). En materia agraria, el cumplimiento de la ejecutoria se torna de oficio (Tribunales agrarios. Están obligados a proveer de oficio la eficaz e inmediata ejecución de sus sentencias. 9a. Época, T.C.C., septiembre, 2004, Tesis aislada).

El uso de la fuerza pública en el cumplimiento de la sentencia jurídicamente es posible solo en casos excepcionales. El Ejecutivo debe facilitar al Poder Judicial los auxilios que necesite para el cumplimiento expedito de sus funciones (Artículo 89, fracción xii, de la Constitución, disposiciones similares se consagran en las Constituciones de las entidades federativas). El acto o la omisión de su auxilio oportuno en esa ejecución se pueden considerar transgresores del art. 17 constitucional (Fuerza pública. La omisión de su auxilio oportuno para cumplimentar las decisiones judiciales en materia civil, implica violación al artículo 17 constitucional (Legislación del Estado de Yucatán). 9a. Época, T.C.C., septiembre, 1999, Jurisprudencia).

La protección judicial imparcial. La garantía de imparcialidad se vincula estrechamente con la de independencia judicial; se traduce en la existencia de jueces capaces de emitir sus sentencias sin influencia externa o interna que busquen determinar el sentido de sus fallos al margen del derecho.

También la independencia judicial se expresa de forma externa e interna. La primera se refiere a la posibilidad de generar las condiciones para que los poderes judiciales operen en condiciones óptimas a fin de colmar las necesidades de justicia de las personas, rechazando cualquier presión que signifique una afectación a esa independencia; y la segunda se ocupa de los elementos necesarios para constituir las garantías de los juzgadores que permitan su estabilidad en el cargo (Ratificación de jueces de distrito y magistrados de circuito. Es una garantía de estabilidad en el cargo y principalmente una garantía a la sociedad de contar con servidores idóneos para impartir justicia pronta, completa, imparcial y gratuita que establece el artículo 17 de la Constitución federal. 9a. Época, Pleno, SCJN, marzo, 2000, Tesis aislada. Ver además: Poderes judiciales de los estados. Criterios que la Suprema Corte ha establecido sobre su situación, conforme a la interpretación de la fracción iii del artículo 116 de la Constitución federal. 9a. Época, Pleno, SCJN, octubre, 2000, Jurisprudencia), dando lugar con ello al sistema institucional de la carrera judicial; de promoción, adscripción y remoción; de seguridad social y económica, entre otros.

En suma, el derecho a la protección judicial desde la jurisprudencia constitucional nacional es vasto, y lo que hasta aquí se ha mostrado es solo una aproximación. La jurisprudencia es dinámica, y concede una respuesta jurídica a cada caso concreto en el contexto de las demandas de una sociedad democrática, ante el constante cambio de paradigmas.

En esta lógica, el derecho en comento se compone de diversas garantías, las cuales han sido aquí materia de reseña. Cada una de ellas justifica su carácter constitucional, y armonizadas otorgan a cada persona el derecho pleno a la tutela judicial efectiva.

María del Refugio Elizabeth Rodríguez Colín

Derecho a la protección judicial (jurisprudencia interamericana)

La protección judicial es el derecho de toda persona a contar con un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que permitan reparar la trasgresión de su esfera jurídica, mediante un procedimiento justo, imparcial y ágil, al margen de su resultado a favor o no del interesado.

Este derecho se reconoce de forma expresa en diversos instrumentos internacionales de derecho humanos con la denominación de *recurso efectivo*.

El art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley".

También el art. 2, párrafo 3, inciso a), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que "Cada uno de los Estados Partes en el

presente Pacto se compromete a garantizar que: Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales".

La Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa: "Artículo 25. Protección Judicial 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados partes se comprometen: a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

El Estado mexicano es parte del sistema interamericano de derechos humanos, al margen de las declaraciones interpretativas y reserva ("Declaraciones interpretativas

Con respecto al párrafo 1 del Artículo 4 considera que la expresión 'en general', usada en el citado párrafo no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida 'a partir del momento de la concepción', ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.

Por otra parte, en concepto del Gobierno de México la limitación que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de que todo acto público de culto religioso deberá celebrarse precisamente dentro de los templos, es de las comprendidas en el párrafo 3 del Artículo 12.

Reserva. El Gobierno de México hace Reserva expresa en cuanto al párrafo 2 del Artículo 23, ya que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su Artículo 130, dispone que los Ministros de los cultos no tendrán voto activo, ni pasivo, ni derecho para asociarse con fines políticos") que en su momento hizo al adoptar la Convención, las cuales ameritan un análisis aparte.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisdicción ha aceptado México (16 de diciembre de 1998), ha emitido sendas sentencias condenatorias en su contra. El caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (sentencia del 23 de noviembre de 2009), es emblemático por el impacto que ha causado en el sistema de justicia nacional.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en virtud del cumplimiento de la sentencia emitida en ese caso, estableció su posición frente a la jurisprudencia convencional a propósito del expediente *Varios 912/2010* (Resolución del 14 de julio de 2011), al analizar las acciones que debía realizar para darle debida ejecución. Al efecto, definió diversos criterios (Control difuso de convencionalidad. La inaplicación de la norma cuya inconvencionalidad se declara sólo trasciende a una inconstitucionalidad indirecta del

acto reclamado al no existir la declaratoria relativa. 10a. Época, Pleno, SCJN, marzo, 2013, Tesis aislada.

Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en asuntos donde el Estado mexicano fue parte. Para que sus criterios tengan carácter vinculante no requieren ser reiterados. 10a. Época, Pleno, SCJN, marzo, 2013, Tesis aislada.

Control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad. 10a. Época, Pleno, SCJN, diciembre, 2011, Tesis aislada.

Parámetro para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos. 10a. Época, Pleno, SCJN, diciembre, 2011, Tesis aislada.

Pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos. 10a. Época, Pleno, SCJN, diciembre, 2011, Tesis aislada.

Sistema de control constitucional en el orden jurídico mexicano. 10a. Época, Pleno, SCJN, diciembre, 2011, Tesis aislada), entre ellos el que señala el carácter *vinculante* para México las sentencias de la Corte Interamericana solo en las que ha sido parte, y *orientadora* en la que no se cumpla esa condición.

Esa decisión afortunadamente ha sido superada por la propia Suprema Corte, debido a que al resolver la *Contradicción de tesis 293/2011* (Sentencia del 3 de septiembre de 2013) determinó que la jurisprudencia de la Corte Interamericana es vinculante para los jueces mexicanos, con independencia de que haya sido parte o no, siempre que sea más favorable a la persona al analizar cada caso.

Las decisiones de la Corte Interamericana, como máximo intérprete de la Convención Americana, cuenta con una engrosada jurisprudencia relacionada con el derecho a la protección judicial consagrada en el art. 25 de esa Convención, denominado como *derecho al recurso efectivo*.

A continuación destacamos, de manera ejemplificativa, los temas que ha abordado esa jurisprudencia (los temas que se identifican tratan de seguir la clasificación que hace Silva García, Fernando, en *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos*, los cuales se consideran fundamentales para acercar al interesado en su conocimiento.

— El alcance general del derecho a la protección judicial *(caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, párrafo 61, sentencia del 22 de noviembre de 2007).

— El alcance general del derecho a un recurso efectivo *(caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, párrafos 192 a 194, sentencia del 5 de julio de 2004).

— El derecho a la protección judicial debe respetarse ante actos y omisiones violatorios de derechos humanos *(caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, párrafo 144, sentencia del 2 de julio de 2004).

— El derecho a la protección judicial exige a los jueces evitar dilaciones innecesarias o indebidas *(caso Bulacio vs. Argentina*, párrafo 115, sentencia del 18 de septiembre de 2003.

— El derecho a la protección judicial implica el deber de remover los obstáculos para acceder a los tribunales *(caso Cantos vs. Argentina*, párrafos 49 y 5o., sentencia del 28 de noviembre de 2002).

— La protección judicial implica la prohibición de pagar sumas desproporcionadas por haber recurrido a los tribunales *(caso Cantos vs. Argentina*, párrafos 54 y 55, sentencia del 28 de noviembre de 2002).

— El derecho a la protección judicial incluye la adopción de medidas para cumplir la sentencia, incluso las de carácter presupuestal *(caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, párrafo 75, sentencia del 1 de julio de 2009).

— El derecho a la protección judicial es inherente al debido proceso y su interrelación con la justicia pronta y expedita *(caso Bayarri vs. Argentina*, párrafos 116 y 117, sentencia del 30 de octubre de 2008).

— El derecho a la protección judicial y su interrelación con la responsabilidad de diseñar y consagrar un recurso judicial interno eficaz e idóneo *(caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, párrafo 60, sentencia del 30 de junio de 2009).

— El derecho a la protección judicial comprende el control judicial de los derechos humanos consagrados en la Convención, en la Constitución y en las leyes nacionales *(caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, párrafo 59, sentencia del 30 de junio de 2009).

— El derecho a la protección judicial permite declarar que es inconvencional el derecho nacional cuando prevé la inimpugnabilidad de normas anteriores a la vigencia de la Constitución del Estado *(caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*, párrafo 152.c, sentencia del 21 de junio de 2002).

— El derecho a la protección judicial debe evitar el uso indebido del recurso de amparo *(caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, párrafos 121 a 124, sentencia del 24 de noviembre de 2009).

— El derecho a la protección judicial permite el control judicial relacionadas con penas corporales *(caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*, párrafos 114 a 117, sentencia del 11 de marzo de 2005).

— El derecho a la protección judicial es inherente al control judicial en materia electoral *(caso Yatama vs. Nicaragua*, párrafos 174 a 176, sentencia del 23 de junio de 2005) y *(caso Castañeda Gutman vs. México*, sentencia del 6 de agosto de 2008).

— El derecho a la protección judicial implica que el juicio político debe revestir de las garantías de independencia e imparcialidad *(caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, párrafo 96, sentencia del 31 de enero de 2001).

— El derecho a la protección judicial comprende la ejecución de las sentencias ejecutoriadas por formar parte integral del juicio *(caso Acevedo Buendía y otros "cesantes y jubilados de la Contraloría" vs. Perú*, párrafos 71 al 72, sentencia del 1 de julio de 2009).

— El alcance general de la protección judicial trasciende al deber de reparación adecuada, y la responsabilidad administrativa y/o civil como medida de reparación es complementaria pero insuficiente para cumplir con esa obligación *(caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, párrafos 221 y 218 a 221, sentencia del 11 de mayo de 2007).

— La obligación de reparación adecuada no se limita al pago de compensación a los familiares de la víctima *(caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, párrafos 213 y 214, sentencia del 15 de septiembre de 2005).

— La obligación de reparación adecuada no debe depender solo de la actividad procesal de las víctimas *(caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, párrafo 122, sentencia del 22 de septiembre de 2006).

— La obligación de reparación adecuada en tratándose de situaciones de discriminación sistemática y generalizada, aquella debe ser trasformadora con efecto restitutivo y correctivo *(caso González "Campo Algodonero" vs. México*, párrafos 450 y 451, sentencia del 16 de noviembre de 2009).

— La protección judicial en el cumplimiento de una sentencia internacional, ninguna disposición o institución de derecho interno puede oponerse para su plena aplicación, por ejemplo, la ley de amnistía o plazo de prescripción *(caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, párrafos 167*, sentencia del 15 de junio de 2005).

— El derecho a un recurso efectivo quiere decir que no es suficiente la existencia formal de recursos, sino que deben ser eficaces, incluso, para los familiares de la víctima *(caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, párrafos 192 a 194, sentencia del 5 de julio de 2004).

— El recurso efectivo, deber de los tribunales internos de observar las formalidades para la procedencia del proceso o recurso, previo al estudio de fondo *(caso Trabajadores Cesados del Congreso "Aguado Alfaro y otros vs. Perú*, párrafo 126, sentencia del 24 de noviembre de 2006).

— El recurso efectivo. Debe ser idóneo y oportuno para reparar las violaciones a derechos humanos *(caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay*, párrafo 245, sentencia del 2 de septiembre de 2004).

— El recurso efectivo es inherente a los principios de independencia e imparcialidad porque son elementos esenciales del debido proceso *(caso Ivcher Brostein vs. Perú*, párrafo 137 a 142, sentencia del 6 de febrero de 2001).

— Recursos efectivos y pueblos indígenas. Los recursos legales para la defensa de sus derechos individuales son ineficaces para la defensa de sus derechos colectivos *(caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párrafos 178 a 185*, sentencia del 28 de noviembre de 2007.

— La protección judicial implica declarar que son inconvencionales las leyes de autoamnistía, la prescripción en materia penal de delitos graves a derechos humanos y las normas de prescripción que obstaculizan las investigaciones a violaciones de derechos humanos *(caso Gomes Lund y otros "Guerilha do Araguaia" vs Brasil, párrafos 173 a 177*, sentencia del 24 de noviembre de 2010), (*caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador, párrafo 111*, sentencia del 22 de noviembre de 2007) y *(caso Bulacio vs Argentina*, párrafos 115 y 116, sentencia del 18 de septiembre de 2003).

Con objeto de hacer patente la protección de los derechos humanos a la luz del art. 1o. de la Constitución mexicana, la jurisprudencia nacional debe mantener un diálogo cotidiano con la Interamericana, en la medida en que los mecanismos de protección y progresividad de sus interpretaciones permitirán consolidar la administración de justicia.

Con mayor razón ahora que aquella es vinculante para México, y todas las autoridades, incluyendo al juez nacional y local, deben ejercer sus atribuciones a partir del principio *pro personae*, según sea cada caso. La práctica judicial se abre al sistema interamericano ante la oportunidad de trasformación que le concede la jurisprudencia convencional.

María del Refugio Elizabeth Rodríguez Colín

Derecho a la vida

I. Definición. Es el derecho que tiene todo ser humano a que su vida sea respetada por la comunidad política (el Estado) y por todas las demás personas. Este derecho se contraviene cuando alguien causa la muerte de otro. Por eso, se puede expresar también diciendo que nunca es lícito (o justo) matar a un ser humano inocente.

La aclaración de que no es lícito matar al «inocente» es necesaria para aclarar los casos en que puede ser lícito causar la muerte de un agresor violento que pretende matar a otro, como son los casos de la legítima defensa, la guerra o, en delitos muy graves, la pena de muerte. En estos casos no se niega que el agresor tenga derecho a la vida, simplemente se reconoce que, como toda persona, tiene derecho a la vida; el que es agredido al punto de poder ser muerto ejerce su derecho a la vida defendiéndola frente al agresor injusto.

El derecho a la vida está reconocido en los principales tratados de derechos humanos en términos muy claros, que no dejan lugar a dudas de que es un derecho universal, de todos los seres humanos o personas humanas. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice en su art. 6-1: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente". La Convención Americana sobre Derechos Humanos dice en su art. 4-1: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

En ambos artículos se expresa que el derecho de no ser privado arbitrariamente de la vida es un derecho de todas las personas. Y estos tratados aclaran, cada uno a su modo, que todo ser humano es persona. El art. 16 del Pacto dice: "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad", lo que equivale a decir que todo ser humano es persona y debe ser reconocido como tal. El art. 1-2 de la Convención dice: "Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano".

Con la reforma constitucional de 2011, que incorporó los derechos humanos contenidos en los tratados a la Constitución mexicana, se incorporó el derecho a la vida, que estaba pálidamente definido en la Constitución mexicana, tal como está formulado en los tratados. Por eso se puede afirmar que en el orden jurídico mexicano el derecho a la vida es el derecho de todo ser humano (que es lo mismo que decir toda persona) a no ser privado arbitrariamente de su vida.

II. Derecho a la vida y aborto en México. Por lo general, el derecho a la vida no se cuestiona. Nadie afirma públicamente que es lícito o justo matar a

otra persona. Pero la práctica difundida y legalizada del aborto voluntario ha hecho que se haya reflexionado mucho sobre el derecho a la vida en relación con el aborto voluntario.

El aborto, que es la privación voluntaria de la vida del ser humano concebido y no nacido, es evidentemente una transgresión del derecho a la vida de alguien que no puede defenderse. La idea de que el concebido menor de 12 semanas (que es el término que tiene la legislación penal de Distrito Federal), no es persona o ser humano es claramente errónea, porque no se puede negar que el embrión, o incluso el cigoto (embrión unicelular), es un ser humano que tiene en sí todo lo necesario para desarrollarse y crecer como tal, como lo sabe el sentido común (no hay ningún ser humano vivo que no haya sido cigoto y embrión) y lo demuestran las ciencias médicas.

Es también una idea peligrosa, porque admite que el poder político tiene la capacidad de decidir quiénes son seres humanos y quiénes no lo son. Al admitirse esta posibilidad se fractura todo el sistema de derechos humanos, pues de nada sirve que el Estado los defina, sancione y garantice si es el propio Estado el que decide quiénes son humanos y quiénes no.

En México, todos los códigos penales tipifican el aborto voluntario como un delito, y por lo general, admiten tres casos en que este delito no se castigará: cuando el no nacido es resultado de una violación, cuando tiene malformaciones congénitas graves y cuando está en peligro la vida de la madre. En estos casos, la doctrina jurídica y la misma Suprema Corte entendían que el aborto sigue siendo un delito, aunque las circunstancias en que se comete justifican que no se castigue (sentencia en acción de inconstitucionalidad, 29 de enero de 2002, *SJF,* t. XV, marzo de 2002, pp. 793 ss.).

Con esa idea de una "excusa absolutoria" en los casos en que no se castigaba el aborto, se mantenía aparentemente intacto el derecho a la vida que, naturalmente, exige el castigo de quien prive arbitrariamente de la vida a otro.

En 2007 se modificaron los arts. 144 a 147 del Código Penal del Distrito Federal para establecer que la acción de la madre que aborta voluntariamente antes de cumplirse las 12 semanas de gestación no es un delito, sino una "interrupción voluntaria del embarazo"; es decir, una conducta permitida por la ley. También se reformó la Ley de Salud para el Distrito Federal para establecer que los hospitales públicos dieran el servicio de aborto gratuito.

La reforma fue impugnada por una acción de inconstitucionalidad por demandas del presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y del procurador general de la República. La sentencia de la Suprema Corte sobre esa acción fue declarar la constitucionalidad de esas reformas (sentencia en acción de inconstitucionalidad 147/2007, 28 de agosto de 2008). En la sentencia se afirma que el derecho a la vida no es un "derecho absoluto", que las reformas, al establecer el plazo de dos semanas, consideran que está protegida la vida del feto, pero no la del embrión, y que el legislador no tiene el deber de penalizar el aborto voluntario.

Con la afirmación de que el derecho a la vida no es un "derecho absoluto" se viene a decir que es un derecho que puede entrar en conflicto con otros, y que en tales casos de conflicto se debe ponderar qué derecho debe prevalecer. Por ejemplo, se dice que entre el derecho del no nacido a la vida y

el derecho de la mujer a su proyecto de vida hay un conflicto de derechos que debe resolverse a favor de la madre. Lo que implícitamente se afirma con estos argumentos es que hay casos en que es lícito matar a un ser humano inocente o, en otras palabras, que existe un derecho, en ciertos casos, de matar a un ser humano inocente. Es, por lo tanto, una argumentación que destruye el derecho a la vida como derecho universal.

La sentencia de la Suprema Corte provocó una reacción en varios estados de la República, que modificaron sus Constituciones, para establecer que en sus territorios el derecho a la vida se tiene desde el momento de la concepción. El primero que lo hizo fue Baja California, al que luego se sumaron 17 estados. Se presentó una acción de inconstitucionalidad contra la reforma en Baja California, alegando que violaba derechos fundamentales de las mujeres. El 28 de septiembre de 2011, en sesión pública del pleno, se tomó la votación sobre un proyecto de sentencia que declaraba que esa reforma era inconstitucional. La votación fue de siete a favor de declarar la inconstitucionalidad y tres en contra, votación que no alcanzó la mayoría requerida de ocho votos para declarar la inconstitucionalidad de la reforma, de tal suerte que la cuestión quedó sin decidir. El argumento principal del proyecto para declarar la inconstitucionalidad era que el concebido no nacido no es persona.

Jorge Adame Goddard

Derecho a la vida privada

El derecho a la vida privada es la prerrogativa de los gobernados, que consiste en no ser interferidos o molestados por persona o entidad alguna en el núcleo esencial de las actividades que legítimamente deciden mantener fuera del conocimiento público. El bien jurídicamente protegido de este derecho está constituido por la necesidad social de asegurar la tranquilidad y la dignidad necesaria para el libre desarrollo del ser humano, a fin de que cada quien pueda llevar a cabo su proyecto vital. El derecho a la vida privada se materializa en el momento de proteger del conocimiento ajeno el hogar, la oficina o el ámbito laboral, los expedientes médicos, legales y personales, las conversaciones o reuniones privadas, la correspondencia por cualquier medio, la intimidad sexual, la convivencia familiar o afectiva y todas las actividades y conductas que se realizan en lugares no abiertos al público. Al igual que lo que sucede con el derecho de réplica, la doctrina utiliza el vocablo derecho a la vida privada indistintamente como derecho a la privacidad o derecho a la intimidad, no habiendo diferencias en el objeto del derecho. Acaso, se podría señalar que el derecho a la intimidad es el núcleo más personal o interior del derecho a la vida privada, y cuya afectación eventualmente sería digna de una protección legal mayor, pero que forma parte del concepto de derecho a la vida privada, según coincide la doctrina. Y es también el caso de México donde está previsto en la Constitución como límite a la libertad de expresión y a la Ley de Imprenta de 1917, así como la reciente Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho al Honor, a la Vida Privada y a la Propia Imagen para el Distrito Federal de 2006.

Este derecho contiene algunas peculiaridades, que es conveniente puntualizar: a) es un derecho esencial e inherente del individuo, independientemente del sistema jurídico particular o contenido normativo con el que está tutelado por el derecho positivo; b) es un derecho extrapatrimonial, que no puede comerciarse o intercambiarse como los derechos de crédito, pues forma parte de la personalidad jurídica del individuo, razón por la que es intransmisible e irrenunciable; c) es un derecho imprescriptible e inembargable. El derecho a la vida privada ha dejado de ser solo un asunto doctrinal para convertirse en contenido de derecho positivo, en virtud del desarrollo científico y tecnológico que experimenta el mundo moderno con el uso masivo de la informática, que permite el acceso casi ilimitado a información personal por parte de instituciones públicas y privadas.

El derecho a la vida privada es producto, en esencia, del desarrollo de los medios de información, del aumento de datos y hechos noticiosos. Existe consenso en la doctrina de que el derecho a la vida privada, entendido como *right to privacy*, tiene su origen en 1890, a propósito de un amplio artículo publicado por los abogados Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis en la *Harvard LawReview*, titulado precisamente *"The right to privacy"*. Este artículo contiene las bases doctrinales a partir de las cuales se ha desarrollado el derecho a la vida privada bajo la primera definición de "ser dejado a solas". Posteriormente, por la vía jurisprudencial en Estados Unidos de América y a través de normas codificadas en otros países, el derecho a la vida privada se ha convertido hoy en día en uno de los derechos fundamentales reconocidos tanto por instrumentos jurídicos supranacionales como por los órdenes jurídicos nacionales.

Toda persona tiene derecho a vivir su propia vida, a desarrollarse conforme pueda y pretenda, a generar relaciones con otros o a mantenerse ajena y en soledad. Los comportamientos del ser humano serán externos cuando se proyecten hacia otros dando publicidad a esos actos, o serán internos e intransferibles cuando permanezcan en el espacio interior de la persona.

En la doctrina española se afirma que se está en presencia de un derecho de la persona, cuyo contenido parece determinado, inicialmente, por ella misma. Y, en segunda instancia, por las circunstancias concurrentes en cada caso y el valor cultural e histórico, y en definitiva, conforme al interés público del asunto sobre el cual se informa.

En el derecho internacional, la protección de la vida privada fue reconocida como un derecho del hombre en virtud del art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en 1948; el art. 17 del Pacto de las Naciones Unidas relativo a los Derechos Civiles y Políticos ratificó esos términos. Por su parte, en el sistema interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos ó Pacto de San José, también contiene disposiciones relativas.

En México, el derecho a la vida privada está regulado por el art. 7o. constitucional, que prescribe como límite a la libertad de prensa el respeto a la vida privada. También es aplicable el art. 16 de la Constitución, primer párrafo, que a la letra dice: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento".

Esta garantía de seguridad jurídica es, sin duda, amplia y suficiente para garantizar el derecho a la vida privada de las personas, pues regula con precisión los requisitos que debe reunir el mandamiento escrito mediante el que pueda afectarse o molestarse a la persona:

a) Autoridad competente. La afectación a la persona debe provenir de una autoridad competente; es decir, de un órgano facultado por la ley, pero en este caso el art. 16 constitucional no hace referencia a una ley secundaria, sino a la propia Constitución, por lo que se exige que la autoridad esté investida de competencia constitucional.

b) Escrito fundado. No solo basta que la autoridad esté atribuida de competencia, sino que el mandamiento por escrito que lesiona al particular debe tener fundamento en una norma jurídica general de derecho positivo, conforme a la cual pueda darse origen al mandamiento de referencia.

En la doctrina se advierten posturas distintas. Mientras la mayoría fundamenta la necesidad de proteger el derecho desde la Constitución y con la creación de una garantía específica, algunos sostienen que este derecho solamente trata de problemas vinculados con la denominada "libertad informática", que pueden resolverse a través de leyes claras y precisas. En todo caso, probablemente la solución sea consagrar el derecho en el texto constitucional —que de cualquier forma está prevista en todos los principales instrumentos internacionales, como el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 1o. constitucional merecen prácticamente protección similar a la prevista en los derechos humanos expresamente previstos en nuestra Constitución— y desarrollar leyes reglamentarias o secundarias que establezcan los elementos procedimentales, las vías de protección y las sanciones derivadas de su afectación. Esta tendencia ha adquirido carta de naturalización en cada vez más sistemas democráticos, particularmente en los regímenes que abrevan del sistema jurídico romano.

Ernesto Villanueva

Derecho a los beneficios de la cultura

La humanidad recibe experiencias, conocimientos y enseñanzas de generaciones anteriores. A su vez, procesa y asimila esa información para su transmisión en un compendio denominado *cultura*. Existen dos enfoques comúnmente aceptados para definir este término: *universalista* y *diferencialista*. El primero de ellos declara que la cultura es una sola, que comprende todo lo relacionado con el saber humano más allá de diferencias sociales, geográficas o de cualquier otra categoría. El segundo, y quizá más admitido actualmente, propone la existencia de múltiples culturas dentro de la sociedad. Así, reconoce las infinitas y variadas manifestaciones de esta índole generadas por la humanidad, sin menospreciar ni jerarquizar a ninguna de ellas. No obstante, es importante destacar una percepción del concepto como resultado mutable de la experiencia social, con afinidades y diferenciaciones latentes entre cada manifestación cultural.

Los derechos, formas y reglas de manifestación humana, en su evolución consideraron la necesidad de reconocer, promover y garantizar los derechos a los beneficios de la cultura. Y esta circunstancia fue la que dio lugar a la codificación de los denominados *derechos económicos, sociales y culturales,* que pertenecen a los derechos humanos de segunda generación. Aunque en su faceta compuesta, después dio pie al *derecho al patrimonio artístico y cultural*, que forma parte de los derechos humanos de tercera generación, de los que son titulares los grupos humanos como colectividad. De ahí que el derecho a los beneficios de la cultura no es otra cosa más que un derecho humano inalienable, relacionado con el conjunto de normas, nacionales e internacionales, que permiten el desarrollo de las expresiones culturales, su protección, manifestación y el aprovechamiento, desde cognitivo hasta económico —representado por el reconocimiento internacional de la propiedad intelectual— que se pueda obtener de ellos.

Por supuesto que al entenderse la importancia de proteger las huellas de vida humana, como instrumento de transmisión de experiencias, progresos y descubrimientos, fue que se tornó necesaria la implementación de normas capaces de extenderse por el mundo. Fue así como en 1945 nació la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), con el propósito de generar un espacio propicio para el diálogo intercultural y su consecuente difusión.

En 1948 surge la Declaración Universal de Derechos Humanos, primer instrumento internacional que incorpora un catálogo de derechos culturales. Dentro de éste se estipula la libre participación de las personas en la vida cultural de la comunidad y la protección intelectual, así como el derecho a la realización de los derechos culturales.

Ese mismo año, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) adopta la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en que se estableció el derecho de toda persona a participar, gozar y disfrutar de la vida cultural, además de la importante protección de los intereses morales y materiales que correspondan por sus creaciones (art. XIII). Este rubro ha sido reconocido además en el Convenio de Berna, por la UNESCO en 1952 y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual desde 1967.

En 1969 surge la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como "Pacto de San José", cuyo reto cultural es la obligación de los Estados de adoptar providencias en lo interno y a través de la cooperación internacional, para lograr la efectividad de los derechos derivados de normas culturales contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

Para 1976, nace el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aprobado por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y ratificado con el carácter de vinculante por buena parte de los países miembros. En este documento los derechos se caracterizan por realizarse a través del Estado, de manera progresiva y mediante acciones positivas. Representa además el reconocimiento de dos nuevas categorías de derechos

culturales: la libertad para la actividad creadora y la libertad para la investigación científica.

De manera trascendente, en su capitulado se amplían los compromisos de los Estados para garantizar el cumplimiento de los derechos. Para ello, establece obligaciones de carácter general, tales como el compromiso de adoptar las medidas internas y de cooperación entre los Estados a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos, y la obligación de no discriminación al garantizar el ejercicio de los derechos en él enunciados.

Años después, en 1988, se aprueba el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o Protocolo de San Salvador, aunque entra en vigor hasta 1999. En su art. 14 expresamente se prescribe el *Derecho a los beneficios de la cultura,* y destaca en esencia la adopción de los mismos propósitos y obligaciones del PIDESC.

El Protocolo se ha convertido en la herramienta principal sobre materia cultural en el sistema interamericano. Prevé métodos de protección, como la presentación de informes periódicos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los Estados miembros, la facultad de organismos especializados de presentar informes relativos al cumplimiento de las disposiciones protocolarias ante el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Además de la posibilidad, por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de formular observaciones y recomendaciones, dentro del Informe Anual a la Asamblea General o en un Informe Especial (art. 19).

Por otro lado, los temas culturales en el derecho Europeo se compendian hasta la aparición del Tratado de la Unión Europea. La clave en los temas culturales dentro del derecho comunitario es la subsidiariedad, que implica el respeto por las acciones de cada Estado en materia cultural, sin que sea impedimento para la realización de actividades comunes que fortalezcan el acervo cultural de sus miembros. Otros instrumentos relevantes son la Carta Social Europea (1961), la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural (1985), la Convención Europea sobre la Protección del Patrimonio Arqueológico (1992), la Carta Europea sobre las Lenguas Regionales o Minoritarias (1992) y la Convención Marco para la Protección de las Minorías Nacionales (1994).

Con la instrumentación jurisdiccional y los sistemas legales del derecho de la cultura, auxiliados por la ciencia y tecnología informática, que han propiciado una verdadera revolución de la información cultural al mejorar la difusión del conocimiento humano cuantitativa y cualitativamente de manera vertiginosa y en tiempo real, en el Estado democrático constitucional de derecho de las naciones, hoy debe ser una realidad la tutela y vigencia del derecho fundamental de los beneficios de la cultura.

Jorge Meza Pérez

Derecho a los beneficios de la cultura (jurisprudencia constitucional)

El reconocimiento de los derechos humanos como universales ha llevado a su doble protección, pues están salvaguardados por el derecho constitucional y por el derecho internacional tanto a nivel universal como regional. Dentro de este catálogo de derechos encontramos los culturales que han sido incorporados a las Constituciones políticas de los países para asegurar su ejercicio. Como antecedente de la importancia de esa incorporación se encuentra la Conferencia Intergubernamental sobre las Políticas Culturales en América Latina y el Caribe, primera reunión de ministros de cultura de la región celebrada en Bogotá en enero de 1978, en donde se reconoció la necesidad de una legislación específica y adecuada para su protección.

Dos son las situaciones que han favorecido a la codificación constitucional del derecho a la cultura. Por una parte, la crisis del colonialismo y la exposición de nuevas formas políticas o culturales del mismo, y por otra, la existencia de grupos étnicos. De cualquier manera, la aparición del discurso sobre la diversidad cultural provocó la necesidad de incorporarlo dentro del ámbito jurídico de los países, tanto en sus ordenamientos como en la interpretación que se hace de ellos por los tribunales constitucionales.

Así, diversas categorías de derechos culturales han sido objeto de reconocimiento jurídico nacional, dentro de las cuatro bases centrales que se reconocen, que son: el derecho de autor, derecho del patrimonio cultural, derecho de la creación y producción artística y el derecho de las industrias creativas o culturales, y en tal sentido se ha desarrollado la jurisprudencia constitucional.

Los derechos relativos a la protección y conservación del patrimonio cultural en la mayoría de los países están determinados a nivel constitucional, el derecho a la cultura ha sido proclamado explícitamente por las Constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela. Igualmente, en varias Constituciones de América Latina se reconocen los derechos lingüísticos estableciendo como idioma oficial el español, y en el caso de Brasil, el portugués, así como las lenguas y dialectos étnicos existentes, como en el caso de Nicaragua, Perú y Venezuela.

A raíz de ese desarrollo, diversas categorías de derechos culturales han sido objeto de reconocimiento jurídico nacional e internacional; es decir, nuevas categorías de derechos culturales se han incorporado, como los derechos colectivos vinculados con la identidad, personalidad y autonomía cultural de las naciones y de los pueblos, tales como el derecho a la identidad cultural nacional, derecho de todo pueblo a desarrollar su cultura, el respeto de la personalidad cultural de los países, el derecho de cada Estado a desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural y el derecho a la cooperación.

Es necesario tomar en cuenta que existen distintas maneras en que las Constituciones prevén mecanismos para la salvaguarda de los derechos culturales, pues se protegen derechos tanto colectivos como individuales. Los Estados, al intentar aplicar la norma sobre derechos culturales a los casos concretos, se inspiran en dos vertientes: por un lado, la diversidad cultural,

que propone reforzar la diferenciación, y por otro, la identidad cultural, que busca incluir la diversidad bajo una óptica de integración.

En Colombia, fue a partir de la creación de las normas constitucionales aprobadas en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 cuando se reconoció la diversidad cultural. Con posterioridad, se dio la pauta para el surgimiento de jurisprudencia de su Corte Constitucional, donde destacan tres conceptos jurídicos que complementan su Constitución, al contener implícitamente concepciones sobre la cultura, ámbito territorial, sujeto colectivo y propiedad colectiva.

En el caso mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en jurisprudencias relativamente recientes (2012) acerca del derecho a la cultura como derecho fundamental, inherente a la dignidad de la persona. En sus criterios se plasma que el Estado es el encargado de velar por la libre emisión, recepción y circulación de la cultura, en sus aspectos individual y colectivo, englobando en este último la difusión de valores, como los históricos, las tradiciones, los populares, las obras de artistas, escritores y científicos. Sin embargo, hace el recordatorio de que, como cualquier derecho humano, éste no es irrestricto, ya que encuentra límites externos relacionados con el ejercicio de otros derechos, pues carecería de legitimidad constitucional que bajo el auspicio de una expresión o manifestación cultural se atentara contra otra serie de derechos también protegidos de manera constitucional, en cuyo caso se estará sujeto a valoración o a ponderación en el caso particular de que se trate.

En la tradición anglosajona podemos encontrar precedentes de la protección de derechos culturales, tal es el caso *R. v. Sparrow*, donde la Suprema Corte de Canadá determinó que cuando una medida legislativa limita el ejercicio de un derecho existente indígena se da *prima facie* una violación de la sección 35 de la Constitución de 1982, y para determinar ese derecho hay que identificar las prácticas, tradiciones y costumbres distinguiendo si son parte característica de su cultura.

Ahora, en el contexto del derecho europeo destaca el caso *Khurshid Mustafa and Tarzibachi v. Sweden* (número 23883/06 del 16 de diciembre 2008), que se refiere al desalojo de inquilinos por rehusar remover una antena satelital que les permitía recibir programas de televisión en árabe y farsi de su país de origen (Iraq). La Corte enfatizó la importancia para esa familia de inmigrantes, de mantener contacto con su cultura y lenguaje, y precisó que esa libertad a recibir información no solo se extiende a reportes de eventos públicos, sino también a las expresiones culturales o entretenimiento puro.

De igual forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha producido numerosa jurisprudencia en cuanto a derechos culturales se refiere. Entre algunos casos destacables se encuentran el de *Aloeboetoe vs. Suriname*, donde se tomó en cuenta la estructura familiar del pueblo *maroons,* a la cual pertenecen los *saramacas*, tribu de las siete víctimas de detención, trato cruel, inhumano y degradante y muerte por parte del estado de Suriname; en donde se determinó que, para la reparación de los daños, el derecho local que debía aplicarse no era el derecho surinamés, pues éste no era eficaz en la región en cuanto al derecho de familia, correspondiendo entonces aplicar la costumbre

saramaca, en la medida en que no fuera contraria a la Convención Americana. Situación similar a la del caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, en donde prevaleció la costumbre de la comunidad indígena *Awas Tingni,* en aras de tener una sentencia con efectos útiles para los afectados, y en donde se hizo referencia al concepto de propiedad territorial colectiva en las comunidades indígenas.

Jorge Meza Pérez

Derecho a recibir un salario justo

El derecho a un salario justo es una parte fundamental del derecho al trabajo. En ese tenor, y bajo la teoría generacional de los derechos humanos —quizá ya superada— se configura como un derecho de segunda generación, (económicos, sociales y culturales, DESC).

Sin embargo, desde la Declaración y Plataforma de Acción de Viena de 1993 ha quedado claro que los derechos humanos —todos— son indivisibles, interdependientes, y por tanto, existe la obligación estatal de protegerlos y garantizarlos. Así, no hay ninguno por encima ni más importante que otro.

Bajo esta premisa, una afectación a los derechos económicos, sociales y culturales puede vulnerar —en la mayoría de ocasiones— derechos civiles y políticos por la evidente interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.

Sin desconocer que numerosos derechos económicos, sociales y culturales requieren de prestaciones positivas, también se debe considerar que numerosos derechos civiles y políticos (de primera generación) no pueden ejercerse ni alcanzar su plenitud sin una prestación positiva del Estado (constitución del entramado electoral, formación de policías responsables y dotación de infraestructura o equipo para la seguridad o la impartición de justicia). Por lo que la observancia adecuada de los derechos civiles y políticos en muchas ocasiones también es de realización progresiva, como la que se acredita a los derechos económicos, sociales y culturales. Unos y otros están interrelacionados y se identifican. Lo anterior desacredita el argumento de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, que en ocasiones ha sido empleado por los Estados para desatender o violentar estos derechos.

En la definición del derecho a recibir un salario justo se recurrirá al marco jurídico internacional.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su art. 23.3, dispone que "toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social".

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé, en su art. 7, que "los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: b) un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie".

En la Observación General núm. 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), aprobada el 24 de noviembre de 2005, se determinó que el trabajo pleno será posible con la conjunción de los siguientes elementos interdependientes y esenciales, que deberán ser proporcionados por los Estados en la medida de las condiciones internas existentes: disponibilidad y accesibilidad, dentro de ésta última se ubica la "aceptabilidad y calidad", es decir, el derecho del trabajador a condiciones justas y favorables de trabajo.

Por otra parte, en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se ha reconocido que la remuneración es el aspecto de las condiciones de trabajo que más directamente influye en la vida diaria de los trabajadores. Según la Constitución de la OIT (1919) "la garantía de un salario vital adecuado" es uno de los objetivos cuya consecución es más urgente.

Así, en el Convenio 95 sobre la Protección del Salario de la OIT (1949), art. 4, se determina que la legislación nacional, los contratos colectivos o los laudos arbitrales podrán permitir el pago parcial del salario con prestaciones en especie. En los casos en que se autorice el pago parcial del salario con prestaciones en especie se deberán tomar medidas pertinentes para garantizar que: a) las prestaciones en especie sean apropiadas al uso personal del trabajador y de su familia, y redunden en beneficio de los mismos; b) el valor atribuido a estas prestaciones sea justo y razonable.

La Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008) determina que entre las medidas que deben adoptar los Estados se encuentran aquellas en materia de "salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esa clase de protección".

En el ámbito de los sistemas regionales de protección de derechos humanos también se produce el reconocimiento del derecho a un salario justo.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", numeral 7, "Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo", dispone que el derecho al trabajo supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción.

Sin embargo, la exigibilidad y justiciabilidad de este derecho está limitado en el sistema interamericano ya que, conforme al art. 19.6 del mismo Protocolo de San Salvador, del conjunto de derechos aquí previstos solamente son exigibles y justiciables, a través de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, el derecho a la educación y los derechos sindicales.

Frente a las restricciones que tiene el sistema interamericano para hacer exigibles los derechos económicos, sociales y culturales, lo que ha hecho es pronunciarse sobre la afectación que se produce a derechos civiles y políticos (que son aquellos expresamente contenidos en la Convención Americana so-

bre Derechos Humanos) por la existencia de una omisión o acción estatal que priva de condiciones adecuadas de subsistencia, salud o trabajo.

En los casos *Villagrán Morales y otros*, *Comunidad indígena Yakye Axa, "Instituto de Reeducación del Menor", de los Hermanos Gómez Paquiyauri* y *Myrna Mack Chang,* se consideró que el derecho a la vida comprende no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna.

En el Sistema Europeo de Derechos Humanos, la Carta Social Europea prevé en su parte I, numeral 4, que: "todos los trabajadores tienen derecho a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso". Y en el art. 4 "Derecho a una remuneración equitativa" se sostuvo que para garantizar este derecho, las partes se comprometen a reconocer el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso.

Finalmente, en el Sistema Africano de Derechos Humanos, el art. 15 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul) reconoce que "todo individuo tendrá derecho a trabajar en condiciones justas y satisfactorias, y recibirá igual paga por igual trabajo".

Como se ve, conforme al conjunto de normas internacionales, el derecho a un salario justo es relevante para el pleno ejercicio de los demás derechos humanos y se integra como elemento al concepto de trabajo decente de la OIT. Para ahondar en la normativa constitucional, véase "Derecho a un salario justo (jurisprudencia constitucional".

A pesar de lo antes dicho, hay que reconocer los límites que a este derecho impone la realidad de América Latina y otras latitudes: el subempleo, la informalidad y el trabajo precario, así como sus causas estructurales, afectan y lesionan este derecho.

Julieta Morales Sánchez

Derecho a recibir un salario justo (jurisprudencia constitucional)

Este apartado se centrará en las disposiciones constitucionales y, posteriormente, en la labor interpretativa de los órganos de control constitucional en torno al derecho a recibir un salario justo.

En México, la Constitución refiere, en su art. 123, apartado A, fracción VI, que "los salarios mínimos generales deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos". En este sentido, el mismo art., en su fracción VII, agrega que "para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad".

La Constitución argentina prevé que el derecho al trabajo, conforme al art. 14 bis, gozará de la protección de las leyes, a fin de asegurar al trabajador una retribución justa.

El texto fundamental de Bolivia dispone, en su art. 7o., que "toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que regla-

menten su ejercicio: j. A una remuneración justa por su trabajo que le asegure para sí y su familia una existencia digna del ser humano".

La Constitución de Brasil, en su capítulo II, denominado "De los Derechos sociales", art. 7o., fracción IV, afirma que son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que tiendan a la mejora de su condición social, "el salario mínimo, fijado en ley y unificado para toda la nación, capaz de atender sus necesidades vitales básicas y las de su familia como vivienda, alimentación, educación, salud, descanso, vestido, higiene, transporte y seguridad social, con reajustes periódicos que preserven el poder adquisitivo, quedando prohibida su afectación a cualquier fin".

En Chile, la Constitución prevé, en el art. 19, apartado 16, que se asegura a todas las personas "16. La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución".

El texto constitucional colombiano afirma, en su art. 25, que "el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas".

Por su parte, la norma fundamental de Costa Rica regula, en su art. 56, que "el trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad. El Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada". Igualmente, en el art. 57 de la Constitución costarricense se prevé lo siguiente: "Todo trabajador tendrá derecho a un salario mínimo, de fijación periódica, por jornada normal, que le procure bienestar y existencia digna. El salario será siempre igual para trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia".

La Constitución ecuatoriana dispone, en su art. 33, que "el trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado".

La Constitución de República Dominicana determina, en su art. 62, inciso 9, lo siguiente: "Todo trabajador tiene derecho a un salario justo y suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales. Se garantiza el pago de igual salario por trabajo de igual valor, sin discriminación de género o de otra índole y en idénticas condiciones de capacidad, eficiencia y antigüedad".

La Constitución de la República de Venezuela dispone, en su art. 87, que "la ley proveerá los medios conducentes a la obtención de un salario justo; establecerá normas para asegurar a todo trabajador por lo menos un salario mínimo; garantizará igual salario para igual trabajo, sin discriminación alguna".

En España, la norma fundamental, en su art. 35.1, establece que "todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo".

Mientras que en Italia, la norma constitucional determina, en su art. 36, que "el trabajador tendrá derecho a una retribución proporcionada a la cantidad y calidad de su trabajo y suficiente, cualquier caso, para asegurar a su familia y a él una existencia libre y decorosa".

La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, en el apartado de "Empleo y Remuneración", prevé lo siguiente: "5. Todo empleo debe ser justamente remunerado. A tal fin conviene que, con arreglo a las prácticas nacionales: se garantice a los trabajadores una remuneración equitativa, es decir, que sea suficiente para proporcionarles un nivel de vida digno".

Aunque utilizando una terminología diferente, en el ámbito internacional encontramos algunos casos que hacen referencia al salario justo. A manera de ejemplo se mencionarán algunos de ellos.

Un ejemplo es la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú (Carreño Quispe, Exp. No. 0029-2001-PA/TC), en el cual el demandante solicita que la municipalidad en la cual laboraba lo restituya en su puesto de trabajo y ordene el pago de las remuneraciones dejadas de percibir. El alto tribunal, pronunciándose por la pretensión denegada en la instancia inferior, declara que el trabajador que presta sus servicios tiene derecho a un pago equitativo y suficiente que permita su subsistencia y la de su familia; por tanto, estima la demanda del recurrente.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional de Colombia se pronunció recientemente sobre el caso Magda Rodríguez Caballero (Auto 134/13, Expediente T-3.418.445, 27 de junio de 2013). En este proceso, la acción de tutela fue promovida por la señora Magda Gutiérrez Caballero, con el fin de que se ampararan sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital. La Corte Constitucional resolvió "tutelar los derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad, a la vida digna y al mínimo vital".

Asimismo, la mencionada Corte colombiana, en la sentencia C-019/04, recurre en repetidas ocasiones a la mención del salario justo como parte integrante de las nociones laborales de aquel país, aun cuando no se habla expresamente de este derecho en su Constitución. En la sentencia C-931/04 se examina la constitucionalidad de disposiciones que restringen el derecho de los trabajadores a mantener el poder adquisitivo real del salario.

Por otro lado, en República Dominicana encontramos la sentencia TC/0117/13, del 4 de junio de 2012, que aunque no versa específicamente sobre el derecho a un salario justo, se basa en la recorte salarial que sufrirá un trabajador por ciertas disposiciones recién instauradas. Al refutar esa medida, el actor cita el art. 62 de su Constitución, la cual dice en parte que todo trabajador tiene derecho a un salario justo y suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales.

En Argentina se encuentra, por ejemplo, que en el caso Miglierini, Hilda Aurora y otros (Fs. 262/422, 8 de junio de 2004) ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los demandantes sostenían que un fallo emitido por

un tribunal local vulneraba sus derechos a una retribución justa, entre otros. Aunque en ese caso la Corte Suprema falló en contra del demandante, se contempla el respeto a la remuneración justa contenida en el art. 14 bis de la Constitución argentina.

En México se ha determinado que "la Junta está obligada… a determinar cuál es, a su juicio, el salario remunerador, si el indicado por el obrero o el que sugería el patrono; y si ninguno de ellos lo estima justo, debe fijar ella misma el que conceptúe equitativo" (Salario remunerador, facultades de las Juntas de Conciliación para fijarlo).

Julieta Morales Sánchez

Derecho a un proceso equitativo (jurisprudencia europea)

El derecho a un proceso equitativo, a veces denominado como derecho al debido proceso, queda proclamado por el art. 6o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Es uno de los artículos del Convenio que con mayor frecuencia se invocan, ya que consagra una serie de principios básicos propios del mismo Estado de derecho. La garantía de un proceso equitativo tiene como finalidad de proporcionar una protección que no es teórica e ilusoria, sino concreta y efectiva de los derechos humanos, y esto implica tanto utilizar conceptos "funcionales" y "materiales" como nociones "autónomas" que emanan del Convenio, ya que los conceptos jurídicos no pueden ser interpretados únicamente por referencia al derecho interno del Estado demandado, lo que podría tener como consecuencia una grave limitación en el ejercicio del derecho.

La estructura del art. consta de una parte general (el apartado primero), que enuncia el principio según el cual toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de forma equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal que decidirá tanto de los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil como del fundamento de cualquier acusación en materia penal que la concierne, y de una parte especial (los apartados segundo y tercero) que afirma un abanico de derechos imprescindibles de los que goza el acusado en el proceso penal.

El art. 6.1 afirma el derecho de acceso a un tribunal independiente, imparcial y establecido por ley para toda persona, entendiendo por esta tanto a las personas físicas como a las jurídicas, incluidos los extranjeros y apátridas que se encuentren bajo la juridicción de cualquiera de los Estados contratantes. El Convenio considera como "tribunal" cada instanza que ejerce una función jurisdiccional aplicando las normas de derecho a través de un procedimiento organizado. Por "litigio", hay que entenderse una disputa real y seria que puede versar sobre la existencia misma de un derecho y también sobre cuestiones de hecho. Entre el resultado del procedimento y el derecho debe existir un vínculo directo, de manera que el primero sea determinante para el derecho en cuestión.

Por "derechos y obligaciones" se entienden los que tengan una base legal en el derecho interno, en un modo que permita su ejercicio ante los tribunales. La expresión "de carácter civil" prescinde de las calificaciones de los

distintos Estados miembros y depende de su contenido material, incluyendo sin duda un derecho que tenga una naturaleza patrimonial y de manera muy amplia tanto las diversas ramas del derecho privado como asuntos muy dispares; por ejemplo, la autorización de vender un terreno (*Ringeisen c. Autriche*); la propiedad de un edificio religioso (*Paroisse Greco Catholique Sâmbata Bihor c. Roumanie*); el derecho para ejercer una profesión (*Le Compte, Van Leuven y De Megere c. Belgique*); los litigios relativos a funcionarios públicos (*Vilho Eskelinen et autres c. Filande*), y un litigio presentado ante una jurisdicción constitucional si el procedimento relativo al derecho de caracter civil tiene una incidencia directa sobre el resultado del litigio ante la juridicción ordinaria (*Ruiz-Mateos c. Espagne*). Bajo algunas condiciones, el Tribunal ha concluido por la aplicabilidad del principio en las medidas cautelares.

El Convenio utiliza una noción funcional también para calificar el concepto de "acusación en materia penal", que debe interpretarse a la luz del Convenio prescindiendo de las categorías utilizadas en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados contratantes. Un punto de partida funcional exige que se aprecien tres criterios, dictados en la sentencia Engel y otros (*Engel et autres c. Pays-Bas*): en primer lugar, la calificación jurídica que la infracción recibe en el derecho interno, y después, de forma alternativa, los criterios de la naturaleza de la infracción y de la gravedad de la sanción prevista por ley aplicable. Cuando un examen de cada criterio no permita llegar a una conclusión clara en cuanto a la existencia de una acusación en materia penal, se puede adoptar una logíca acumulativa de los criterios (*Benedoun c. France*). La vertiente penal del art. 6o. es aplicable a los procedimientos ante un tribunal militar (*Albert et Le Compte c. Belgique*). Las infracciones del régimen disciplinario penitenciario como tal no quedan incluidas y deben ser analizadas bajo el perfil civil del artículo 6o. (*Enea c. Italie*), al igual que los procedimientos de extradición (*Peñafiel Salgado c. Espagne*) o los de la orden de detención europea, porque se consideran como una manifestación del ejercicio de los poderes disciplinarios (*Ravnsborg c. Suède*). La noción de acusación en materia penal puede aplicarse a los procedimientos administrativos, fiscales (*Mieg de Boofzheim c. France*), aduaneros (*Salabiaku c. France*), en materia de derecho de la competencia (*Société Stenuit c. France*) y en cuestiones financieras (*Guisset c. France*).

Después de la enunciación general del apartado primero, el art. 6.2 sigue añadiendo el principio de la presunción de inocencia de la que goza toda persona acusada de una infracción hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. El Convenio quiere proteger a cada persona acusada de los efectos nocivos que pueden resultar en una violación de este principio (*Allenet de Ribemont c. France*).

En el art. 6.3 se enumeran, pero no de manera exhaustiva, las garantías que consiguen el principio del derecho equitativo en el proceso penal, que tienen como finalidad de asegurar la "legalidad de las armas" entre la parte acusadora y la defensa. Entre estas se colocan: el derecho a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él (*Goddi c. Italie*), y el derecho del acusado a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia. El acusado debe

además disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa y tiene el derecho a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección, y si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan. Toda persona acusada goza del derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra (*Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*).

Eloisa Denia Cosimo

Derecho a un recurso efectivo (Tribunal Europeo de Derechos Humanos)

El derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional es afirmado por el art. 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según el cual "Toda persona, cuyos derechos y libertades reconocidos en el Convenio hayan sido violados, tiene derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales". La afirmación de este derecho es la consecuencia de la obligación general de reconocer los derechos humanos protegidos que se impone a los Estados miembros, en virtud del art. 1o. del Convenio.

Desde el punto de vista del derecho comparado, el derecho a un recurso efectivo, que encuentra su antecedente en el art. 8o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, es afirmado también en el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en otros tratados internacionales en materia de derechos humanos, como el art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el art. 18 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Aunque el Tribunal Europeo haya declarado que el sistema de protección de los derechos humanos requiere "una limitación máximas de las restricciones implícitas a esta clausula" (*Kudla c. Polonia)*, de hecho, la aplicación de la norma se ha visto muy afectada por los problemas de interpretación que ella implica.

El derecho afirmado no es absoluto, ya que subyace a varias condiciones que dependen del tenor literal del art. y de su interpretación judicial. Desde el primer punto de vista, la violación que determina el derecho a un recurso efectivo debe referirse a alguna otra disposición del Convenio que reconozca un derecho o una libertad *(Klass y otros c. Alemania)*, pero la apreciación del Tribunal sobre el art. 13 puede efectuarse de manera autónoma respecto a toda otra norma del Convenio. Desde el segundo punto de vista, el Tribunal interpreta el derecho a un recurso efectivo siempre que se trate de "peticiones defendibles" (*arguable complaint*) en los términos del Convenio *(Boyle y Rice c. Reino Unido)*, entendiéndose por tal una petición que tenga un fundamento de violación de un derecho protegido, lo que no se puede establecer de forma teórica y que requiere una evaluación específica del caso por el Tribunal *(M. A. c. Cipro)*.

La disposición debe considerarse como una norma general, que no se aplica en los casos en que hayan normas específicas, como el art. 5.4, que afirma el derecho al control de la legalidad de la detención, o el art. 6o. del Convenio, según el cual toda persona tiene derecho a un proceso equitativo.

El Tribunal considera que la amplitud de la obligación del Estado de garantizar un recurso efectivo depende de la naturaleza del derecho vulnerado, con el resultado de que la protección debe ser más rígida en el caso de una violación del derecho a la vida reconocida por el art. 2o. del Convenio o de la prohibición de la tortura y otros tratos prohibidos por el art. 3o. del Convenio *(Kaykharova y otros c. Rusia)*.

El derecho debe ser garantizado por el Estado en la legislación y en la práctica, en particular en el sentido de que su ejercicio no debe estar injustificablemente obstaculizado por los actos u omisiones de las autoridades del Estado *(Büyükdağ c. Turquia)*, que puedan condicionar el ejercicio del derecho del demandante *(Sabanchieva y otros c. Rusia)* o que no pueden suficientemente proteger a este mismo contra la arbitrariedad *(Al-Nashif c. Bulgaria)*.

El art. 13 no va tan lejos hasta garantizar un recurso que permite impugnar las leyes de un Estado miembro contrarias al Convenio ante una instancia nacional *(Costello-Roberts c. Reino Unido)*, pero trata de garantizar que el individuo pueda presentar una queja no frente a la autoridad judicial nacional, sino ante una autoridad no judicial del Estado, que sea lo suficientemente independiente e imparcial para conocer los hechos y los argumentos del denunciante *(Milen Kostov c. Bulgaria)*, para juzgar la violación y para otorgar la reparación necesaria a través de una decisión vinculante *(Di Sarno y otros c. Italia)* de la que el demandante pueda aprovechar de manera concreta *(Keenan c. Reino Unido)*.

La efectividad del recurso puede implicar que esto tenga un efecto suspensivo, como ha sido afirmado en el caso de la expulsión de un inmigrante *(De Souza Ribeiro c. Francia)*, y no depende de la certeza de un resultado favorable por el demandante *(Soering c. Reino Unido)*. El carácter efectivo del recurso, aunque no se llegue exigir hasta que exista un recurso interno contra la legislación *(Young, James y Webster c. Reino Unido)*, requiere que el Estado haya establecido recursos contra las normas reglamentarias *(Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido)* o, además, un "conjunto de recursos" para satisfacer las condiciones del art. 13 *(Leander c. Suecia)*.

Eloisa Denia Cosimo

Derecho al honor

El derecho al honor puede definirse como la potestad jurídica que tienen las personas físicas o jurídicas para proteger su estima, crédito y/o reconocimiento social frente a intrusiones ilegítimas que las puedan hacer desmerecer en la consideración propia y ajena. El derecho al honor está codificado en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos y en casi todos los textos constitucionales de los países reconocidos por la ONU. El objeto del derecho al honor supone la protección de la consideración, estima o valor personal en el ánimo público y en la percepción propia, cuyo valor jurídico debe ser establecido casuísticamente, a la luz de los principios prevalecientes en la

sociedad en un tiempo y espacio determinado. El contenido de este derecho, por ende, habrá de ajustarse también en razón de los procesos de evolución y permanencia de esos mismos valores y principios sociales.

El ámbito de protección del honor se debe determinar tomando en cuenta tres aspectos fundamentales: a) la calidad jurídica de la persona presumiblemente afectada en su honor. El tratamiento habrá de tener diferencias y peculiaridades, según se trate de una persona jurídica, de una persona pública o de un particular, como se puede advertir en el derecho comparado, bien se trate de derecho continental, del derecho anglosajón o de los diversos sistemas híbridos existentes; b) las normas sociales y morales predominantes en una época y tiempo casuísticamente determinados. Las diferencias culturales, religiosas y educativas entre una sociedad y otra son referentes esenciales para determinar el grado de afectación del honor de las personas, y c) el manejo que la persona hace de su propio crédito y consideración en su relación con los demás, en razón de su trabajo, de sus convicciones o, simplemente, de su forma de vida dentro de la sociedad.

La doctrina ha dividido tradicionalmente el honor jurídicamente protegido en dos facetas o ámbitos básicos: el honor objetivo y el honor subjetivo.

El honor objetivo —en realidad objetivable— está constituido de la manera siguiente:

1. El honor de los particulares.
2. El honor de las personas jurídicas.
3. El honor de las personas públicas.
4. La protección penal del honor.

La tensión entre el poder público y los medios de comunicación ha sido el eje sobre el cual ha girado la evolución histórica de los derechos fundamentales en el mundo entero: de un lado, la reivindicación de la prensa por informar y discutir sobre todo asunto de relevancia pública, y de otro, la intención del poder público por acotar los alcances de las libertades de expresión e información con la inserción de derechos con bienes jurídicos protegidos eventualmente antagónicos a esas libertades. La lucha entre el alcance de las libertades de expresión e información y el núcleo protector del derecho al honor ha sido, en particular, uno de los aspectos esenciales del estudio para delimitar dónde inicia uno y dónde terminan las otras. Lo anterior se ha resuelto en los Estados democráticos de derecho a través de la vía jurisprudencial, mediante la cual se han ofrecido los elementos interpretativos obligatorios para aplicar el derecho a casos concretos. La libertad de expresión ampara la libre difusión de ideas, opiniones y juicios de valor; se trata, sin duda, de un derecho fundamental dotado de la más amplia protección jurídica para su libre ejercicio; por ello, sus límites se han reducido a una porción mínima, tanto por lo que hace a las personas públicas como cuando se refiere a las personas privadas. Tan es así que la *exceptio veritatis* no constituye un ingrediente de la licitud de la libertad de expresión, habida cuenta de la imposibilidad material para calificar a las ideas y opiniones de verdaderas o falsas.

Se ha afirmado que la libertad de información protege fundamentalmente la investigación y la difusión de hechos noticiosos. Las tensiones entre la prensa y el gobierno se pueden rastrear hasta la Ley de Sedición de 1798 —promovi-

da por el partido de Alexander Hamilton y John Adams—, que consideraba delito los "escritos falsos, escandalosos y maliciosos" contra el gobierno, el Congreso y el presidente de los Estados Unidos. La ley no pudo resistir, sin embargo, los embates de los electores condenando a la derrota electoral a los federalistas —sus promotores—, dejando sin efecto legal la ley en cuestión en 1800, y declarada inconstitucional en 1801. La tentación gubernamental por acotar los límites de la libertad de información de la prensa no quedó, sin embargo, truncada, pues años más tarde, cuando el *World* de Nueva York y el *News* de Indianápolis aportaron datos sobre la corrupción habida en la edificación del Canal de Panamá en 1908, el presidente Teodoro Roosevelt ordenó al fiscal general que se querellara por libelo. Los tribunales rechazaron los casos antes de que llegaran a juicio, determinando que el gobierno no puede querellarse por libelo; no obstante, sí podían hacerlo los servidores públicos a título personal. Es así que entre 1801 y 1963 las querellas por libelo —es decir, por difamación y calumnia—, en donde estaba involucrada la prensa, se habrían de resolver conforme a las leyes aplicables —sobre todo civiles, por ser reparadora al buscar resarcir el daño sufrido mediante cuantiosas indemnizaciones—, independientemente de que se tratara de personas públicas o privadas, mediante el método de *balancing test* (ponderación entre un bien jurídico y otro afectado). En 1964 se produce un giro radical en el tratamiento judicial de los procesos por libelo al ser analizados desde la perspectiva de la primera enmienda de la Constitución por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el caso The New York Times *vs.* Sullivan, que al valorar la importancia que tiene la prensa como arma del arsenal de la democracia señalaba, por conducto del juez William Brennan, que: "El debate sobre temas públicos debe ser desinhibido, robusto y ampliamente abierto, y bien puede incluir ataques vehementes, cáusticos, y a veces desagradables y afilados, contra el Gobierno o los servidores públicos... Algún grado de abuso —afirmaba citando a Madison— es inseparable del propio uso de cada cosa; y en ninguna instancia es más cierto que en la prensa... Hay que tener en cuenta que las declaraciones erróneas son inevitables en un debate libre y deben ser protegidas si las libertades informativas constituyen el espacio para respirar («*breathing space*») que necesitan para sobrevivir... y es que una decisión que obligue al que critica la actuación oficial a garantizar la veracidad de sus decisiones, y que tenga que hacerlo bajo la amenaza de juicio por libelo y que se puedan pedir indemnizaciones prácticamente ilimitadas, conduciría a algo comparable a la *autocensura*". Después de las consideraciones anteriores, la sentencia fijaba el criterio que habría de seguirse para determinar cuándo los servidores públicos pueden entablar una querella por libelo: "Las garantías constitucionales requieren una norma federal que prohíba a cualquier servidor público reclamar daños por una nota falsa y difamante en relación a su conducta oficial, a menos que pruebe que la declaración fue hecha con malicia real o efectiva («*actual malice*») es decir, con conocimiento de que era falso («*with knowledge of its falsity*») o con descuidada desconsideración acerca de si era falso o no («*or with reckless disregard of wheter it was false or not*»)". El criterio definido en el caso Sullivan sigue vigente hoy en día. En 1967 a la luz del caso Butts, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos amplió el núcleo protector del caso

Sullivan a las figuras públicas que juegan un papel de similar relevancia en la sociedad que los servidores públicos. Además, en 1971 en ocasión del caso Rosembloom, la Suprema Corte llevó el criterio del *actual malice* a "toda discusión y comunicación que envuelva materias de relevancia pública o general, sin tener en cuenta si las personas afectadas son famosas o anónimas". En los años posteriores, otros casos han matizado este principio general, aunque persiste hoy en día como criterio de interpretación judicial en los Estados Unidos y buena parte de América Latina, especialmente en México.

Ernesto Villanueva

Derecho al medio ambiente

Es común que en la doctrina y en la normatividad interna de muchos países el denominado derecho al medio ambiente o derecho al ambiente sea descrito y precisado como un *derecho humano*. Bajo esta tesitura, se ha considerado (aunque no de manera unánime) que el derecho al ambiente pertenece a los derechos de solidaridad o de la tercera generación, tales como el derecho al desarrollo, la paz, o la libre determinación de los pueblos. Esto permite distinguirlos de los derechos civiles y políticos (de la primera generación) y de los derechos económicos, sociales y culturales (de la segunda generación).

Los autores que apoyan el planteamiento de que se trata de un derecho de tercera generación habrían de coincidir en que este tipo de derechos, a diferencia de los de primera y segunda generación, establecen al mismo tiempo deberes estatales positivos (de hacer) y a la vez negativos (de no hacer). Esto significa que el Estado deberá, por ejemplo, mejorar, restaurar o lograr la conservación del ambiente, y evitar su deterioro y contaminación; asegurar que sus titulares puedan ejercer este derecho (legitimación procesal), ya sea como acción ambiental individual, o bien como acción colectiva; establecer normas procesales e instancias jurisdiccionales para garantizar su cumplimiento; delimitar la responsabilidad subjetiva y objetiva por daño ambiental, etcétera.

En toda discusión relativa al reconocimiento de un derecho al ambiente subsisten, entre otras, tres ideas para un análisis jurídico: *i*) el ambiente como objeto de protección; *ii*) la titularidad y la legitimación procesal, y *iii*) las garantías procesales para el cumplimiento efectivo del derecho. Respecto a la primera, como no existe una definición única o universal sobre el concepto de ambiente, es muy complejo delimitar el significado del bien que se pretende tutelar. ¿Están incluidos todos los componentes esenciales de la noción ambiente, es decir, seres humanos, medio natural, medio construido y las relaciones de interdependencia recíproca que hay entre ellos? Aunque en un principio se ha señalado que el bien jurídico tutelado (el ambiente) se refiere a la salud, el bienestar, la calidad de vida, el desarrollo de la personas, entre otros, es claro que tanto la naturaleza como el medio artificial los condicionan, por lo que estos deberán protegerse para que el derecho al ambiente tenga sentido. Precisar o acotar el contenido de lo que es el bienestar o la calidad de vida, así como lo que abarcan los medios natural y construido, es tarea de quienes inciden en la elaboración de la normatividad respectiva. En esta labor debe tomarse en cuenta que existen bienes jurídicos conexos (si bien independien-

tes) a lo ambiental, lo que supone que el derecho al ambiente está vinculado a otros derechos (reconocidos constitucionalmente o no), como el derecho a la salud, el derecho al desarrollo sustentable, el derecho al agua, el derecho a la atmósfera, el derecho al patrimonio cultural, etcétera. Además, se discute si los calificativos frecuentemente asignados al ambiente son los idóneos: sano, saludable, adecuado o equilibrado. Lo anterior, porque se ha criticado que todos ellos son muy ambiguos; sin embargo, hay que señalar que precisamente su inherente flexibilidad permite que este derecho pueda adaptarse o expandirse bajo los principios ambientales de equidad intergeneracional e intrageneracional. El ambiente, cualquiera que sea su adjetivo, beneficia a *todos,* y de aquí su característica colectiva.

En relación con la segunda idea, se debaten dos cuestiones muy puntuales: por un lado, si la titularidad del derecho es individual o colectiva, y por el otro, si la potestad legal para acudir a las instancias jurisdiccionales competentes (legitimación procesal) es exclusiva de la persona física o jurídica que ha sufrido (o podría sufrir) el agravio de manera personal y concreta, por lo que se requiera acreditar un interés directo (derecho subjetivo en sentido clásico), o bien de una persona en donde el agravio no haya sido como el mencionado con antelación y solo tenga un interés legítimo o un interés difuso (afectación a la esfera jurídica de la persona por su especial situación frente al orden jurídico). En la primera cuestión se debe aceptar que la titularidad del derecho al ambiente es individual: se trata de un derecho subjetivo, de un derecho humano, de un derecho de las personas (el bien protegido es individual). Al mismo tiempo debe admitirse que la titularidad es colectiva: se trata de un grupo de personas, de una colectividad, de una clase de individuos (el bien tutelado corresponde a todos, es decir, es un bien colectivo). En la segunda cuestión se acepta que cualquier persona, grupo de personas, comunidades y pueblos está(n) legitimado(s) para presentar acciones ambientales individuales o colectivas (según corresponda) que tengan interés directo o difuso.

En la tercera idea jurídica se plantea que no es suficiente que el derecho al ambiente se mencione en preceptos constitucionales y/o en textos legales sustantivos, sino que existan disposiciones jurídicas procesales que permitan su cumplimiento. Esto supone dos cosas a la vez. En primer lugar, que se elaboren normas en las que se otorgue a la(s) persona(s) agraviada(s), por interés directo o difuso, medidas tanto de prevención para evitar posibles daños ambientales como de reparación o resarcimiento en caso de que se hubiere actualizado el daño o afectación respectivos. Así, la prevención y la reparación vinculadas al bien jurídico tutelado podrán ser individuales o colectivas. En segundo lugar, es imprescindible que existan las instancias jurisdiccionales competentes donde se ventilen las controversias que se pudieran suscitar por la violación de este derecho. El legal y efectivo cumplimiento del derecho al ambiente puede substanciarse ante instituciones u órganos del Poder Ejecutivo (las autoridades que emiten actos de autoridad y tribunales administrativos), o del Poder Judicial (juzgados, tribunales y cortes). Aunque algunos tribunales (administrativos y judiciales) cuentan con salas o jurisdicciones especiales en materia ambiental, debería generalizarse la existencia de tribunales ambientales.

Por último, hay que señalar que la postura claramente antropocéntrica de caracterizar el derecho al ambiente como un derecho humano, ha excluido la posibilidad de que se reconozca que la naturaleza —representada en su conjunto tanto por la comunidad biótica (árboles, plantas, animales, microbios) como por los factores abióticos que la determinan (elementos químicos y físicos como el agua, la temperatura, el suelo) y que configuran los ecosistemas— también puede ser considerada como titular o sujeto de este derecho. Son pocos los ejemplos de juristas que discuten y que eventualmente están a favor de asignar derechos a la naturaleza, y menos aun los casos de textos constitucionales y legales que así lo determinan (excepcionalmente, en América Latina, la Constitución del Ecuador destina todo un capítulo, el séptimo, a desarrollar explícitamente el tema de "los derechos de la naturaleza"). Asimismo, existe resistencia doctrinal y normativa para que se reconozcan derechos al medio construido, representado por las obras realizadas por los humanos (el patrimonio cultural, tangible e intangible) y que forma parte, al igual que la naturaleza, de la noción ambiente. Si existe un desarrollo paralelo y conveniente de un ordenamiento jurídico de protección de los medios natural y construido, no se debe a que se les haya reconocido derechos, sino a que tal protección acarrea beneficios directos e indirectos a los seres humanos y, en última instancia, a que facilita el poder ejercer el derecho al ambiente.

En síntesis, desde el punto de vista jurídico, el derecho al ambiente es simultáneamente un derecho individual y colectivo, que genera deberes de acción y de abstención del Estado. Es un derecho que complementa, pero que a su vez se complementa con otros derechos. Su constitucionalización debe generalizarse en todos los países del mundo.

César Nava Escudero

Derecho al medio ambiente (jurisprudencia europea)

I. El medio ambiente en el sistema del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. La evidente interrelación entre la protección del medio ambiente y protección de los derechos humanos tiene una resonancia significativa dentro de los consolidados sistemas de protección supranacional de los derechos humanos.

El texto del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), en su formulación original, no contenía previsiones expresamente dedicadas a la protección del medio ambiente y a este vacío normativo se ha tratado en varias ocasiones de poner remedio a través del intento para promover la integración del CEDH con las disposiciones específicas en materia de protección del medio ambiente (véase la Recomendación 1885 —2009— de la Asamblea Parlamentaria).

Sin embargo, tales impulsos no han prosperado y, hasta el momento, si el medio ambiente se ha convertido en una condición imprescindible y funcional para la garantía de la efectividad de la tutela de los derechos humanos, aun no habiéndosele reconocido la naturaleza de derecho autónomo, ello se debe a la jurisprudencia del TEDH.

El Tribunal de Estrasburgo, de hecho, al interpretar las disposiciones del Convenio como un "instrumento vivo" que debe adaptarse según las contingencias, ha realizado una actualización del Convenio que muestra un creciente interés por los requisitos de protección del medio ambiente, que le lleva a caracterizar al medio ambiente como un auténtico valor que puede llegar a afectar al ejercicio de los derechos expresamente garantizados.

No obstante, no es fácil encontrar una línea evolutiva unitaria que describa este proceso, ya que, en concreto, la protección del medio ambiente se ha ido articulando en diferentes modalidades, que han sucedido a lo largo de un periodo de tiempo bastante prolongado y no exento de obstáculos. No es sino a partir de los primeros años ochenta cuando se empezó a percibir que las condiciones ambientales nocivas podían de alguna manera interferir con el goce efectivo de los derechos protegidos por el Convenio y se comenzaron a admitir los primeros recursos sobre la materia; por ejemplo, los casos *Arondelle c. Reino Unido*, núm. 7889/77, del 15 de julio de 1980; *Powell e Rayner c. Reino Unido*, núm. 9310/81, del 16 de julio de 1986 (STEDH del 21 de febrero de 1990); *Zander c. Suecia,* núm. 14282/88, del 14 de octubre de 1992 (STEDH del 25 de noviembre de 1993).

En concreto, el alcance de la protección del medio ambiente en el marco del CEDH se ha producido tanto a través del reconocimiento de la legitimidad de las restricciones al ejercicio de determinados derechos adoptadas, con el fin de preservar el medio ambiente, los recursos naturales o el paisaje, como a través de una elaboración interpretativa de obligaciones positivas de naturaleza material y procesal en materia medioambiental, funcionales al efectivo goce de determinados derechos individuales tutelados de manera expresa por el CEDH.

Con respecto al primer punto, la jurisprudencia del Tribunal europeo se ha orientado prevalentemente hacia el margen de apreciación de los Estados para los supuestos en que la injerencia en el ejercicio de algunos derechos expresamente garantizados se hiciera necesaria y fuera funcional para la satisfacción de las exigencias de protección del medio ambiente.

Exigencias estas definidas como "objetivos principales de la sociedad contemporánea", ya que "la preservación de la naturaleza y de los bosques y, en general, la del medio ambiente constituye un valor cuya defensa suscita en la opinión pública, y en consecuencia en las autoridades públicas, un interés consolidado y dotado de especial relevancia"; en este sentido, se encuentran los casos *Koktepe c. Turquía*, núm. 35785/03, del 22de julio de 2008; *Muriel Herrick c. Reino Unido*, núm. 11185/84, del 11 de marzo de 1985; *Gillow c. Reino Unido,* núm. 9063/80, del 23 de octubre de 1986; *Fredin c. Suecia*, núm. 12033/86, del 18 de febrero de 1991; *Pine Valley c. Irlanda,* núm. 12742/87, del 29 de noviembre de 1991; *Photos Photiades Ldt c. Chipre*, núm. 41113/98, del 21 de octubre de 1998; *Cooperativa la Laurentina c. Italia*, núm. 23529/94, del 2 de febrero de 2001*; Depalle c. Francia, Gran Sala*, núm. 34044/02, del 29 de marzo de 2010; *Dées c. Hungría*, núm. 2345/06, del 9 de noviembre de 2010, y *Varfis c. Grecia*, núm. 40409/08, del 19 de julio de 2011).

Con referencia al segundo aspecto mencionado anteriormente, aquel relativo a la aparición de la protección del medio ambiente como parte de los

derechos individuales incluidos en el CEDH, se puede detectar la presencia de una rica jurisprudencia con la que se ha enlazado la protección del medio ambiente, entendido como un derecho a vivir en un ambiente sano y saludable, al tenor del texto de algunos derechos expresamente reconocidos.

En este contexto, sin embargo, conviene precisar que el concepto de protección del medio ambiente viene definido en sus límites teniendo en consideración el papel subsidiario del Tribunal Europeo y el requisito de la cualidad de víctima del sujeto demandante.

De hecho, cuando la violación del derecho al medio ambiente se ha concretado definitivamente en el nivel nacional, es necesario que previamente se busquen todos los posibles remedios internos y la parte recurrente debe probar no solo de estar personal y directamente afectado por los efectos de una acción u omisión de las autoridades estatales y con potencial repercusión en la calidad medioambiental, sino también que los efectos adversos y perjudiciales sufridos alcancen un nivel mínimo de gravedad (*Fadeyeva c. Rusia*, núm. 55723/00, del 9 de junio de 2005).

Una posible catalogación de las modalidades con las que el Tribunal ha permitido una tutela efectiva del medio ambiente puede realizarse también distinguiendo entre las medidas de protección que ponen el punto en derechos expresamente reconocidos de naturaleza sustantiva, o bien mediante la referencia a derechos con un eminente carácter procesal.

A su vez, los *derechos sustantivos* protegidos por el CEDH se pueden articular en *derechos primarios* y *derechos condicionales*. Los primeros son el derecho a la vida del art. 2o. y la prohibición de tratos inhumanos y degradantes del art. 3o.; sobre la base de estas disposiciones, la jurisprudencia que ha permitido proceder a la tutela medioambiental, aunque no muy abundante, es muy significativa.

En relación con el art. 2o., que no solo cubre los casos de violación del derecho a la vida derivada de un comportamiento directo del Estado, sino que también integra los supuestos en que el Estado no ha tomado las medidas necesarias y razonables para prevenirla, para ello véanse los casos *Oneryildiz c. Turquía,* núm. 48939/99, del 30 de noviembre de 2004, y *L. C. B. c. Reino Unido,* núm. 23413/94, del 9 de junio de 1998; mientras que en relación con el art. 3o., son muy significativas las argumentaciones realizadas en la decisión de *López Ostra c. España, Gran Sala,* núm. 16798/90, del 9 de diciembre de 1994, en la que se determinó que el vivir en un ambiente contaminado y, por tanto, perjudicial para la salud humana podría, en abstracto, cuando se alcanzara un cierto grado de gravedad y se sobrepasara un límite de tolerancia, conllevar la violación de esta disposición.

Los derechos condicionales, en cambio, son aquellos que pueden tutelarse de manera directa (por ejemplo, el art. 8o. en relación con la protección del derecho al respeto de la vida privada y familiar) o subsiguiente (art. 1o. del Protocolo núm. 1).

La disposición del Convenio sobre la base de la cual ha sido acogida la mayor parte de las decisiones en materia medioambiental es sin duda el art. 8o. del CEDH, invocado con frecuencia en casos de contaminación ambiental, al considerarla lesiva del derecho a vivir en un ambiente sano y saluda-

ble, y que vulnera el derecho a que sea respetada la propia esfera privada y el disfrute íntimo de esta (*Powell y Rayner c. Reino Unido*; *López Ostra c. España*; *Guerra et al. c. Italia*, *Gran Sala*, núm. 14967/89, del 12 de febrero de 1998; *C. Hatton et al. c. Reino Unido*, *Gran Sala*, núm. 36022/97, del 8 de julio de 2003; *Moreno Gómez c. España*, núm. 4143/02, del 16 de noviembre de 2004; *Tanskin y c. Turquía*, núm. 46117/99, del 10 de noviembre de 2004; *Giacomelli c. Italia*, núm. 59909/00, del 2 de noviembre de 2006; *Fadeyeva c. Rusia*; *Fagerskiold c. Suecia*, núm. 37664/04, del 26 de febrero de 2008; *Tatar c. Rumanía*, núm. 67021/01, del 27 de enero de 2009; *Dees c. Hungría*, y *Apanasewicz c. Polonia*, núm. 854/07, del 5 de marzo de 2011). Tal disposición viene invocada, o bien porque la contaminación haya sido causada directamente por el Estado, ya sea porque la responsabilidad de este último se derive de la falta de una regulación adecuada del sector privado (en particular *Tatar c. Rumanía*; *Budayeva et al. c. Rusia*, núms. 15339/02, 11673/02, 15343/02, 20058/02, 21166/02, del 20 de marzo de 2008).

Aunque en menor medida que el art. 8o. del CEDH, también el art. 1o. del Primer Protocolo Adicional al CEDH ha sido utilizado por los jueces de Estrasburgo para decidir una serie de casos en los que fuera evidente la necesidad de proteger el medio ambiente.

Esta disposición, sobre la protección de los bienes y de la propiedad, reconoce a las autoridades públicas el poder de regular el uso de la propiedad privada, justificando en su caso la aplicación de restricciones al ejercicio de los derechos de propiedad en razón a la búsqueda de un interés general superior (*Fredin c. Suecia*; *Zander c. Suecia*; *Taskin c. Turquía*; *Pine Valley c. Irlanda*; *Oneryildiz c Turquía* y, más recientemente, el caso *Fix c. Grecia*, núm. 1001/09, del 12 de julio de 2011).

Además, de forma residual, también el art. 10 del CEDH, relativo a la libertad de expresión, ha sido un punto de apoyo normativo para obtener otras formas de protección del medio ambiente: el Tribunal sostuvo que existe un interés general para permitir a la comunidad contribuir al debate público sobre temas de interés general y esto, sin duda, se ha reflejado también en materia medioambiental (*Steel et Morris c. Reino Unido*, núm. 68416/01, del 15 de febrero de 2005).

Los derechos que tienen un carácter eminentemente procesal, sin embargo, permiten buscar la tutela medioambiental de manera subordinada: el *valor ambiente* también encuentra protección, aun cuando la parte demandante no haya podido disfrutar de un proceso equitativo en el propio ordenamiento (art. 6o. del CEDH) o haya sido violado su derecho a un recurso efectivo (art. 13 del CEDH). Se trata de hipótesis residuales respecto a las descritas anteriormente, y frecuentemente las normas procesales no representan el único parámetro positivo de que se sirve el Tribunal; sin embargo, es significativa la referencia a tales disposiciones, ya que parece indicativo del proceso de "maduración" de la "conciencia ambiental" que está asumiendo el Tribunal (en relación con el art. 6o., se encuentran los casos de *Fix c. Grecia*; *Apanasewicz c. Polonia*; *Giacomelli c. Italia*; *Okyay et al. c. Turquía*, núm. 36220/97, del 12 de julio de 2005; *Kyrtatos c. Grec*ia, núm. 41666/98, del 22 de agosto de 2003; Ünve*r c. Turquía*, núm. 6209/97, del 26 de septiembre de 2000; *Athanassoglou*

et al. c. Suiza, núm. 27644/95, del 6 de abril de 2000; *Balmer-Shafroth et al. c. Suiza*, núm. 22110/93, del 26 de agosto de 1997; *Zander c. Suecia*; *Taskin et al. c. Turquía*; mientras que en relación con el art. 13, tenemos a los casos de *Dactylidi c. Grecia*, núm. 52903/99, del 27 de marzo de 2003; *Hatton et al. c. Reino Unido*; *Fix c. Grecia*).

Finalmente, en un caso particular —*Mangouras c. España*, *Gran Sala,* núm. 12050/04, del 28 de septiembre de 2010— se ha protegido indirectamente el medio ambiente reconociendo también la inaplicabilidad del art. 5o. del CEDH.

De este, aunque breve, análisis jurisprudencial hasta aquí descrito, se evidencia que la protección del medio ambiente, aun no teniendo un papel autónomo en el ordenamiento del Convenio, se ha consolidado como un nuevo valor que puede contribuir a un equilibrio más equitativo entre el ejercicio de los derechos expresamente reconocidos en el Convenio y el principio general de respeto al individuo al que está consagrado todo el sistema de garantías del CEDH.

En cambio, no hay duda de que la protección "indirecta", y meramente pretoria, del medio ambiente es insuficiente, sobre todo si se compara el sistema del CEDH con el de la UE, donde el medio ambiente está sujeto a protección específica, aunque no en términos absolutos, tanto en los tratados como en el derecho derivado.

II. El medio ambiente en el marco de la Unión Europea. El desarrollo de la protección del medio ambiente en el contexto de las Comunidades Europeas antes, y de la Unión Europea después, fue el resultado de un proceso gradual, que ha evolucionado a nivel normativo y jurisprudencial en paralelo con el proceso de surgimiento de las necesidades de protección del medio ambiente y de la garantía de un desarrollo sostenible que han tomado auge hace relativamente poco en el debate nacional e internacional.

Hasta el Acta Única Europea de 1987 —que añadió al Tratado de Roma un título concreto dedicado al medio ambiente (los antiguos arts. 130 R, 130 S y 130 T, hoy Título XX del TFUE)— a las Comunidades Europeas no se le habían asignado una competencia específica en materia de medio ambiente.

Así, si bien el medio ambiente carecía de una concreta base jurídica que permitiera su protección directa, comenzó a ser protegido indirectamente a través de una particular lectura abierta de los arts. 115 (*ex* 100 TCE) y 352 (*ex* 235 TCE) del TFUE acerca de la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros y de los llamados poderes implícitos. En esa fase de la historia fue esencial la contribución del Tribunal de Justicia en la definición de un derecho ambiental europeo (STJCE del 18 de marzo de 1980, *Comisión c. Italia,* C-92/79; STJCE del 7 de febrero de 1985, *Fiscal de la República c. ADBHU,* C-240/83).

Fue la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la que asentó las bases para la disciplina normativa posterior, al afirmar que la protección del medio ambiente debía ser considerada como uno de los objetivos esenciales de la Comunidad, y como tal, con la posibilidad —de manera derogatoria y, por tanto, como excepción— de limitar también algunas libertades previstas en los Tratados (Asunto C-240/83; STJCE del 20 de septiembre de 1988, *Co-*

misión c. Dinamarca, C-302/86; STJUE del 29 de abril de 1999, *The Queen c. Secretary of State for the Environment y Ministry of Agriculture, Fisheries and Food et al.,* C-293/97).

Tras la entrada en vigor del Acta Única Europea, se abrió una nueva etapa en la protección medioambiental en Europa, ya que su protección se convirtió en un objetivo fundamental de la CE para ser valorado en la realización del mercado interior y también reconocido a nivel normativo.

Esta fase se consolidó con la aprobación del Tratado de Maastricht de 1992 y con el posterior Tratado de Ámsterdam en 1997: las acciones en materia medioambiental se convirtieron a todos los efectos en una de las políticas de la Comunidad Europea y se fortaleció la importancia atribuida a los principios fundamentales de la política comunitaria de medio ambiente, ampliando así su catálogo.

En virtud del antiguo art. 130 R del Tratado de la CE (actualmente, art. 191, párrafo 2, del TFUE), la política medioambiental de la Unión, aun teniendo en cuenta las especificidades de los diferentes Estados miembros, apunta hacia un elevado nivel de protección y se basa "en el principio de precaución, acción preventiva, en el principio de corrección, preferentemente en el origen, de los daños causados en el medio ambiente, así como en el principio de «quien contamina paga»".

De suma importancia es, pues, el principio de subsidiariedad (art. 5o. del TUE): principio inherente al ejercicio de las competencias normativas europeas, destinado inicialmente solo a las cuestiones medioambientales, y luego extendido a todos los sectores de competencia no exclusiva de la UE.

Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aunque no prevé el derecho fundamental a vivir en un medio ambiente sano y saludable, se ocupa de la protección del medio ambiente al invocar explícitamente algunos principios y dedicando al medio ambiente una disposición específica, el art. 37, que establece que "las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad".

La redacción de esta disposición es importante, porque establece claramente lo que ha venido sosteniendo una copiosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia: confirma la importancia de los principios y confirma que el derecho a la protección del medio ambiente se configura como un derecho cuya garantía completa solo puede lograrse actuando sobre todas las políticas de la UE (incluso —si no sobre todo— las no "ambientales", art. 11 del TFUE), y adaptándolo a las exigencias del desarrollo económico.

La última etapa decisiva del desarrollo del derecho ambiental europeo es la fase siguiente a la entrada en vigor en 2009 del Tratado de Lisboa, que ha rediseñado la estructura de las fuentes del derecho europeo, dando a la Carta de Derechos la misma fuerza jurídica de los tratados. Esta previsión ha formalizado la centralidad de los derechos fundamentales en el contexto de la UE y ha revelado las profundas conexiones entre la Carta y el CEDH (sobre este punto, tenemos a la STJUE del 19 de enero de 2010, *Seda Kücükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, C-555/07).

Este Tratado refuerza además el principio de desarrollo sostenible mediante la ampliación de su ámbito de aplicación (art. 3o., párrafo 3, del TUE), e insiste en la necesidad de adoptar políticas y herramientas funcionales de concertación para preservar y mejorar la calidad del medio ambiente y la gestión sostenible de los recursos naturales mundiales (art. 21, párrafo 2, del TFUE).

Las disposiciones de los tratados relativas al medio ambiente han dado lugar a una rica producción normativa específica con incidencia en diversos ámbitos y con previsión de una variedad de instrumentos para diferentes modos de intervención. Hoy, por tanto, las políticas medioambientales europeas inciden especialmente: a) en el sector ecológico (disciplina contra la contaminación atmosférica, climática, del agua, acústica y de los residuos y basuras); b) en el paisaje y las zonas protegidas; c) en áreas relacionadas con los procedimientos, tales como la evaluación de impacto ambiental, la evaluación ambiental estratégica y la autorización ambiental integrada; d) en la responsabilidad por daños al medio ambiente, y e) en garantizar el acceso a la información medioambiental.

Como ya se dijo, la evolución del derecho positivo europeo en materia medioambiental se ha movido en paralelo con la acción del Tribunal de Justicia, al que se le debe el mérito de haber desempeñado un papel determinante en el fomento de las instituciones europeas, interpretando en sentido amplio, y tendente a la protección del medio ambiente, las disposiciones normativas y definiendo el alcance de la aplicación de los principios europeos, incluso los no referidos exclusivamente al medio ambiente.

Hay que recordar, en cualquier caso, que en el contexto de la Unión Europea las exigencias para la protección del medio ambiente no se plantean como un valor absoluto idóneo en sí mismo que deba prevalecer sobre los demás principios y libertades garantizados por los tratados. Aquellas exigencias, sin embargo, parecen connotar un valor específico que les confiere un mayor grado de aplicabilidad respecto de otros intereses.

Cuando se trata de equilibrar las necesidades de protección del medio ambiente con la libertad igualmente protegida, el Tribunal de Justicia procede con estricto control: se permite la restricción de ciertas libertades económicas solo si la intervención estatal satisface razones imperiosas de interés público; si no comporta discriminación alguna; si es adecuado para garantizar la realización del objetivo perseguido, y si no va más allá de lo necesario para alcanzarlo (en este sentido, tenemos a la STJUE del 20 de septiembre de 2007, *Comisión c. Países Bajos*, C-297/05).

En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia un claro signo de la progresiva imposición de vínculos medioambientales se encuentra en la interpretación del principio de integración, que ha permitido importantes excepciones a la libre circulación de mercancías, incluso en relación con la interpretación de otros principios, cuya operatividad ha sido aclarada, tales como el principio de precaución, el principio de subsidiariedad, el principio de precaución, el principio de "quien contamina paga" y el principio de corrección en el origen de los daños ambientales. Consideraciones similares pueden llevarse a cabo en relación con la interpretación de las normas sobre ayudas estatales, así

como en relación con el ajuste de los contratos públicos a las necesidades de protección del medio ambiente.

Hay que señalar, por último, que el enfoque de las cuestiones medioambientales que se observa por parte Tribunal de Estrasburgo y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con situaciones medioambientales similares, se presenta a menudo como sustancialmente diferente (emblemática, en este sentido, es la jurisprudencia sobre el derecho a vivir en un medio ambiente sano y saludable, y el tratamiento de basura, de acuerdo a la STEDH del 10 de enero de 2012, *di Sarno et al c. Italia*, núm. 30765/08, y a la STJUE del 20 de marzo de 2010, *Comisión c. Italia*, C-297/08).

Caterina Drigo

Derecho al respeto de la vida privada y familiar (jurisprudencia europea)

El art. 8o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos consagra expresamente el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, así como de su domicilio y de su correspondencia. La necesidad de garantizar la autonomía personal tiene como importante consecuencia que la vida privada, la familia, el domicilio y la correspondencia no son excluyentes entre sí, ya que una misma medida puede afectar a la vez dos o más ámbitos *(Mentes et autres c. Turquie*; *López Ostra c. Espagne*; *Polski c. Pologne*).

El derecho afirmado debe entenderse como protección de un conjunto de manifestaciones inherentes con el principio fundamental que cada uno tiene al pleno y libre desarrollo de su propia personalidad y a su autonomía, lo que va necesariamente más allá del alcance del "derecho a la privacidad" y del "derecho a la intimidad personal" del individuo. Partiendo de esta premisa, hay que adoptar una lógica evolutiva en la interpretación de este derecho, cuyas manifestaciones no se pueden limitar de manera exhaustiva a los cuatro ámbitos considerados por el art. 8o.

La estructura del art. prevé un apartado (el primero) en el cual se afirma el principio de manera general y otro (el segundo) en el que se dictan las injerencias posibles de la autoridad pública en el ejercicio del derecho. El pleno desarrollo de la autonomía personal garantizado por el art. 8o. (*Pretty c. Royaume-Uni*) tiene como consecuencia que todos los conceptos son amplios y los criterios deben ser considerados como materiales y no formales, y además adaptados teniendo en cuenta que las necesidades del individuo cambian siguiendo la evolución de la sociedad.

Por "vida privada" se entiende la integridad física y mental del individuo (*X. et Y. c. Pays-Bas*); la identidad física y social de cada uno (*Mikulić c. Croatie*; *Odièvre c. France*), incluidas las informaciones relativas a la salud de una persona (*Z. c. Filande*); el nombre y apellido de las personas físicas (*Burghartz c. Suisse; Guillot c. France*); el derecho a la imagen (*Von Hannover c. Allemagne*); la reputación (*Chauvy at autres c. France*) y el honor (*A. c. Norvège*) de toda persona; la orientación sexual (*Dudgeon c. Royaume-Uni*), la identidad sexual (*Christine Goodwin c. Royaume-Uni*) y la vida sexual (*Laskey, Jaggard y Brown c. Royaume-Uni*); la relación que una persona tiene con sus semejantes, se trate de su entorno (*Niemietz c.*

Allemagne), de la relación con personas del mismo sexo (*Mata Estevez c. Espagne*), de cuestiones relativas al enterramiento de miembros de la familia (*Brânduse c. Roumanie*) o de la comunidad a la que el inmigrante pertenece (Üner c. Pays-Bas). Bajo el ámbito de la vida privada quedan incluidas la identidad étnica (*S. y Marper* c. *Royaume-Uni*), las convicciones religiosas y filosóficas (*Folgoro et autres c. Norvège*), así como las actividades profesionales o comerciales (*Halford c. Royaume-Uni*), los registros y los embargos (*McLeod c. Royaume-Uni*). La vida privada no se limita a las medidas que pueden limitar el individuo en su domicilio, como las escuchas telefónicas (*Weber et Saravia c. Allemagne*), llegando hasta proporcionar al individuo un espacio de libertad, incluso cuando esté fuera de su casa, en un contexto social, como en el caso de la interpelación y del cacheo en la vía pública (*Gillan et Quinton c. Royaume-Uni*), y de la video vigilancia de lugares públicos objeto de divulgación (*Peck c. Royaume-Uni*).

El ámbito de la "vida familiar" depende de un análisis sobre la existencia de estrechos vinculos personales entre las personas, sean estos de derecho o de facto (*Johnston et autres c. Irlande*), y llega hasta incluir el derecho a ser padre genético (*Dickson c. Royaume-Uni*), a recurrir a la procreación medicamente asistida (*S. H. et autres c. Autriche*) y a adoptar (*E. B. c. France*). En relación con los niños, se considera existente un vínculo afectivo en consecuencia de una unión marital —aunque sea entre personas del mismo sexo (*Schalk Kopf c. Autriche*)— o de una unión de facto, de adopción (*Pini et autres c. Roumanie*) y de la acogida (*Moretti et Benedetti c. Italie*); mientras que la cohabitación es sin duda un elemento constitutivo de la vida familiar (*Lebbink c. Pays-Bas*), no es una condición necesaria para considerarla existente entre un padre e un hijo (*Berrehab c. Pays-Bas*) ni para calificar los vínculos afectivos (*Kroon et autres c. Pays-Bas*). La relación afectiva se considera existente también entre hermanos y hermanas (*Moustaquim c. Belgique*), entre tíos y sobrinos (*Boyle c. Royaume-Uni*), así como entre un niño y sus abuelos (*Price c. Royaume-Uni*), y no termina en caso de divorcio (*Mustafa y Armagan c. Turquie*) ni en caso de muerte, ya que forma parte del derecho a la vida familiar también el traslado de las cenizas del difunto marido de un cementerio a otro (*Elli Poluhas Dösdo c. Suède*). El derecho a la vida familiar llega hasta tener en cuenta los internos penitenciarios (*Dickson c. Royaume-Uni*) y el derecho del recurrente al cuidado del medio ambiente (*Giacomelli c. Italie*).

Tal y como la noción de "vida familiar", también el concepto de "domicilio" es autónomo y depende de circunstancias de hecho, capaces de vincular y conectar de manera directa a toda persona con un lugar determinado (*Prokopovitch c. Russie*). El domicilio es tanto de la persona física como de la persona jurídica (*Sociedad Colas Est et autres c. France*). Esto prescinde de la propiedad del lugar y no se limita a las residencias establecidas legalmente (*Buckley c. Royaume-Uni*), pudiéndose considerar como tal las residencias secundarias y las casas de vacaciones (*Demandes c. Turquie*), las caravanas y otros domicilios no fijos (*Chapman c. Royaume-Uni*), así como los locales profesionales si coincide con la residencia privada (*Niemietz c. Allemagne*).

La noción de "correspondencia" incluye los correos entre individuos (*Silver et autres c. Royaume-Uni*); también las enviadas en el marco de actividades profesionales (Kopp c. Suisse), las conversaciones telefónicas (*Klass et autres c.*

Allemagne), los e-mails (*Copland c. Royaume-Uni*), los datos electrónicos, los télex, los mensajes por bíper y una radio privada.

La protección del derecho tiene como consecuencia que la injerencia de la autoridad pública en su ejercicio sea admisible en cuanto satisfagan dos condiciones: debe ser necesariamente prevista por ley, y constituir una medida para asegurar algunos objetivos cuya tutela es considerada como prioritaria en una sociedad democrática: la necesidad para la seguridad nacional; la seguridad pública; el bienestar económico del país; la defensa del orden y la prevención del delito; la protección de la salud o de la moral, y la protección de los derechos y libertades de los demás.

Eloisa Denia Cosimo

Derecho al trabajo

Conviene hacer una primera distinción entre derecho al trabajo y el derecho al empleo. Ambos derechos se encuentran estrechamente vinculados en virtud de que el primero es indispensable para el segundo; sin embargo, el segundo requiere para su realización que se establezca una relación laboral con un empleador. La etimología de la palabra "trabajo" deriva del latín, y se refiere a un instrumento de labranza y de tortura; referida también a aquello que ocasiona molestia o un esfuerzo, como la doctrina social católica lo expresa con la frase bíblica "Ganarás el pan con el sudor de tu frente". El ser humano debe trabajar para cubrir sus necesidades vitales, lo puede hacer por sí y para sí mismo como ocurría al inicio de la civilización. En la medida en que las relaciones sociales evolucionaron cambiaron las formas de organización del trabajo y este tomó un sentido económico como actividad para generar riqueza. El trabajo hace factible que el ser humano utilice sus recursos mentales y físicos para atender su subsistencia y crear su bienestar y el de su familia; representa una fuerza personal inherente e intransferible que no puede ser utilizada o aprovechada por otros, excepto cuando voluntariamente la persona la somete al servicio de un tercero a cambio de una remuneración y otras prestaciones que deben garantizarse. El derecho al empleo significa precisamente el derecho al trabajo mediante la subordinación de los servicios de una persona a otra, a cambio de una remuneración; se trata de un trabajo ajeno, subordinado a los intereses del empleador con quien se establece una relación laboral que genera otros derechos, como son básicamente el salario remunerador, la jornada humanitaria, la salud y protección social, y otros derechos colectivos, como el de sindicalización. El derecho a recibir el producto de trabajo, la utilidad o la riqueza, es inherente al derecho al trabajo. Desde el punto de vista filosófico, el trabajo dignifica al ser humano; desde el punto de vista sociológico, el trabajo es un hecho social que permite al ser humano superar sus niveles de vida. Jurídicamente, el trabajo es un bien que debe tutelarse y regularse para mantener el equilibrio y la justicia social. El derecho al trabajo es un derecho humano y como tal es un derecho público subjetivo caracterizado por la universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad. Asimismo, el derecho al trabajo se le considera un derecho económico y social, por lo que corresponde al Estado ofrecer las condiciones necesarias para su

respeto y cumplimiento; en razón de ello, debe crear la estructura económica, social y jurídica, y establecer las políticas públicas necesarias para promover el pleno empleo y permitir a la persona acceder a un trabajo que le permita satisfacer sus necesidades con dignidad y garantizarle lo que se conoce como "trabajo decente", incluida la protección por desempleo. En virtud de lo anterior, el derecho humano al trabajo se considera un derecho prestacional. La libertad para trabajar, igualmente, es el derecho de la persona para elegir y realizar las actividades, comercio, industria o profesión que sean de su interés o que más le acomoden, siempre que sean lícitas y no ofendan los derechos de la sociedad. El Estado puede regular el ejercicio de las profesiones que requieran título. La persona, además, tiene el derecho a no trabajar; se prohíbe el trabajo forzoso, ninguna persona puede ser obligada a trabajar, salvo cuando la ley lo determine —como ocurre en el caso de las actividades cívicas obligatorias que precisen las leyes—, cuando se imponga como sanción por autoridad judicial competente, o cuando se estipula como obligación en caso de privación de la libertad. El derecho al trabajo también incluye el derecho a la capacitación y a la formación. En México, el art. 123, además de establecer para toda persona el derecho al trabajo digno y socialmente útil, señala que se promoverá la creación de empleos y la organización social del trabajo, y el art. 25 marca las directrices para el fomento del crecimiento económico y el empleo. La mayoría de los países reconocen el derecho al trabajo; en los países latinoamericanos se consagra en sus Constituciones, entre ellos México (arts. 5o. y 123), Argentina (art. 14), Bolivia (art. 7o., d), Colombia (art. 25), Costa Rica (art. 56), Cuba (art. 45), Ecuador (art. 35), Nicaragua (art. 57), Panamá (art. 60), Paraguay (art. 86), Perú (art. 22), Venezuela (art. 87). Igualmente, este derecho se reconoce explícitamente en las Constituciones de otros países, como España (art. 35) e Italia (art. 6o.). Otras legislaciones regulan la libertad de trabajo, lo cual lleva implícito el derecho al trabajo. A nivel internacional, los principales instrumentos de derechos humanos reconocen ampliamente el derecho al trabajo: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 23); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" (arts. 6o., 7o., 8o. y 17, inciso b, y 18, inciso b); el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 6o., 7o., 8o. y 10.3); la Carta Social Europea (arts. 1o.-10, 18 y 19), la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y los Derechos de los Pueblos (art. 15), y otros como los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, entre ellos el 29, 105, 111 (art. 1o.) y 122 (art. 2o.), y la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de las Mujeres (art. 11, inciso a), que reconoce el derecho al trabajo de la mujeres sin discriminación alguna, especialmente por la maternidad.

Patricia Kurczyn Villalobos

Derecho al voto (jurisprudencia interamericana)

La democracia es un elemento indispensable del Estado de derecho, sin el cual sería imposible el desarrollo de los derechos humanos y de los derechos

político-electorales, en virtud de ser un sistema por el cual se garantiza la equidad, la transparencia y la distribución del poder de una manera justa y apegada al derecho; en este sentido, durante mucho tiempo han jugado un papel determinante en la construcción del desarrollo humano y de la dignidad de las personas, pues es a través del sistema de participación que los seres humanos pueden lograr una convivencia adecuada en una organización jurídico-colectiva, como una forma que garantiza la participación libre, ordenada y la manifestación en la vida social de los ciudadanos de manera natural.

Los derechos humanos han sido durante años el objeto de estudio de diversos tratadistas, y una preocupación constante por parte de los Estados; la manera de entenderlos y la forma de protegerlos ha dado lugar a numerosas reformas, la inclusión de leyes, sus alcances, el análisis de sus garantías y de su interpretación, con la cual prevalezca la mayor cobertura de protección individuo como persona. Por lo anterior, el derecho al voto, al igual que cualquier otro derecho humano, requiere de un proceso interpretativo y de armonización, en donde los Estados y sus autoridades (judiciales y con competencias jurisdiccionales) están sometidos a los instrumentos que son parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y a las interpretaciones que del mismo haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del marco de sus respectivas competencias y de conformidad con sus regulaciones procesales propias, por lo que la construcción del contenido de los derechos guarda una estrecha relación con el ámbito internacional.

En la Carta Democrática Interamericana se indica la importancia de la participación ciudadana como un proceso permanente que contribuye a la consolidación de la "democracia" como parte del Estado, por lo que los sistemas a través de este modelo consiguen que la toma de decisiones sea basada en las mayorías. Así, la Carta indica que "La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía, en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional" (art. 2o.). Asimismo, son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas, y la separación e independencia de los poderes públicos.

Por lo anterior, el derecho al voto puede entenderse como un derecho humano a través del cual los ciudadanos tengan la posibilidad de manifestar de manera individual, voluntaria, secreta y libre su opinión, respecto a los asuntos colectivos y de la vida política, en el que se garantice la libre expresión de las ideas y se respeten las normas que los contengan. Desde una perspectiva jurídica, no solo la participación efectiva es lo que importa, sino la garantía de esta, que se construye a partir de normas que aseguran a decidir, así como la libertad y la igualdad de esa decisión. Los derechos políticos protegidos en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político, y aunque un sistema regional no puede determinar un modelo único de sistema

político para toda la región, si existen parámetros o "estándares mínimos" que garantizan la existencia de la democracia como un modelo de vida social.

El voto es, pues, un derecho y un poder reconocido por las normas jurídicas, que dota a los individuos de voluntad y decisión en los asuntos que le competen en un Estado. En este sentido, el voto debe tener las características de la democracia, tales como la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa; asimismo, la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil, legalmente constituida, y el respeto al Estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad que son igualmente fundamentales para la democracia.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula, en su art. 23, una serie de obligaciones de los Estados parte en materia de derechos políticos, que se agrupan en diversos componentes de derechos y que tienen a su vez obligaciones a cargo de los Estados: 1) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos (art. 23.1, inciso a); 2) votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual, y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores (art. 23.1, inciso b), y 3) acceder, en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país (art. 23.1, inciso c). La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Por lo anterior, resulta indispensable que en el marco de la democracia y los derechos humanos exista igualdad de oportunidades en las mismas condiciones para una contienda electoral, pero además que su respaldo sea a partir de los principios de libertad de expresión, respeto al sistema jurídico, tal y como señala la propia Carta cuando indica que "Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos" (art. 3o.). Por lo que la legitimidad y representatividad del poder se colma no solo en el ejercicio de la voluntad, sino en todo el desarrollo de su respeto y cumplimiento; por ello, no se anula o extingue con la manifestación, sino que su cumplimiento depende en gran medida del ejercicio que de este haga el representante público.

Las disposiciones contenidas en el art. 23 de la Convención, acerca de los derechos políticos, incluyen una gama abierta de posibilidades de parte del Estado; es decir, que para su cumplimiento no basta con su reconocimiento, sino que es indispensable un amplio proceso normativo y de afirmación conceptual acerca de los derechos políticos, el cual no se agota en la letra de las disposiciones allí contenidas, sino que requiere de la interpretación que puede otorgarle una mayor posibilidad de alcance y contenido. Para lograr la con-

solidación del Estado constitucional de derecho que esperamos se requiere, principalmente, de lograr que los derechos humanos sean una realidad y, por lo tanto, efectivos, para ello es necesario contar con garantías constitucionales en materia electoral que nos permitan una adecuada defensa.

Los derechos político-electorales se integran dentro del catálogo de los derechos humanos; por lo tanto, su respeto, su protección y su garantía son de suma importancia, ya que estos reúnen las características de la generalidad, al ser universales, indivisibles, imprescriptibles, inherentes, irrenunciables y sobre todo progresivos, donde el Estado deberá procurar que su aplicación, integración e interpretación sea extensiva. En este sentido, la protección de estos derechos igualmente debe alcanzar plena efectividad, no solo a la luz de las fuentes internas de derecho, sino también a la luz de los tratados internacionales en la materia, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y, especialmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), así como la jurisprudencia que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos como estándar mínimo de interpretación.

El derecho al voto y la libre participación en el gobierno comprenden también la posibilidad de integrar partidos y asociaciones políticas que, a través del debate libre de ideas, excluya el monopolio del poder y garantice que las decisiones sean plurales y no corresponda a un solo grupo o persona. La participación efectiva de personas, grupos, organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados mediante normas que permitan el acceso real y efectivo.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha señalado que el derecho al voto deberá contener:

a) Reconocimiento expreso a los ciudadanos, por parte del Estado, en la norma y con instrumentos que garanticen su ejercicio (Corte IDH, Castañeda Gutman).

b) Se encuentran en constante relación con otros, tales como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación, y que ligados a la libertad de oportunidades la eliminación de toda forma de discriminación —especialmente la discriminación de género, étnica y racial— y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes, y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana en conjunto, con respeto y libertad (Corte IDH, Castañeda Gutman, Carta Democrática Interamericana).

c) Un doble aspecto, el derecho al ejercicio directo del poder (derecho a ser votado) y el derecho a elegir a quienes deben ejercerlo (derecho a votar). Ello supone una dualidad de obligaciones y derechos, que son consecuentes a los ciudadanos y al Estado.

d) La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente, y que una vez organizadas, permi-

ten la intervención en la designación de las autoridades (Corte IDH, Castañeda Gutman).

e) El pluralismo político refuerza la democracia, pues impide que el poder no se ejerza siempre por los mismos sujetos (Corte IDH, Yatama y Castañeda Gutman).

El derecho al voto, además, deberá apoyarse en la educación, como una pieza clave para fortalecer las instituciones democráticas, promover el desarrollo del potencial humano y el alivio de la pobreza, y fomentar un mayor entendimiento entre los pueblos. Para lograr estas metas es esencial que una educación de calidad esté al alcance de todos, incluyendo a las niñas y las mujeres, los habitantes de las zonas rurales y las personas que pertenecen a las minorías (Carta Democrática Interamericana).

Jaime Arturo Verdín Pérez

Derecho comparado (*tertium genus*)

Con l'espressione *tertium genus* la dottrina classica suole indicare un modello di giustizia costituzionale che storicamente si sviluppa nell'immediato secondo dopoguerra con le Costituzioni democratiche di Italia e Germania; successivamente viene recepito dal costituente spagnolo de 1978 e si diffonde poi ampiamente in molti ordinamenti dell'Europa centro-orientale, con il ciclo delle transizioni democratiche dopo la caduta del muro di Berlino, e in alcuni altri Paesi del resto del mondo (Guatemala, Honduras, Panama, Cile, Senegal, ecc.); per finire addirittura con l'essere parzialmente recepito, nel 2008, dall'ordinamento francese, Paese che per antonomasia aveva rappresentato, fino ad allora, un modello a sé nel panorama dei sistemi di giustizia costituzionale (Favoreu, Tusseau).

L'aggettivo *tertium* (cui è seguito un *quartum*, Pegoraro, e molte altre proposte di classificazione delle innumerevoli forme di reciproca contaminazione fra i modelli, soprattutto nell'America Latina, García Belaunde) deriva dal fatto che tale forma di controllo di costituzionalità nasce dall'ibridazione tra i due sistemi considerati archetipi nel diritto processuale costituzionale, quello accentrato-kelseniano e quello diffuso di *judicial review* statunitense (Calamandrei, Cappelletti). Dal primo sistema, il *tertium genus* eredita l'accentramento del controllo, per cui parliamo di ordinamenti che prevedono tutti una Corte o Tribunale costituzionale *ad hoc*, con la funzione principale, anche se mai esclusiva, di garantire la conformità alla Costituzione degli atti normativi subordinati; dal secondo modello, invece, recepisce in maniera peculiare la diffusione, non del controllo, bensì dell'iniziativa, in quanto spetta a tutti i giudici, nel corso di un processo, d'ufficio o su iniziativa di parte, sollevare una questione di incostituzionalità alla Corte, qualora siano convinti (Germania, Spagna) o abbiano un dubbio non manifestamente infondato (Italia) che la norma applicabile per la risoluzione del caso sia contraria alla Costituzione. Si tratta dunque di un controllo di costituzionalità in via incidentale, come viene comunemente definito dalla dottrina italiana, o concreto, come invece viene descritto in Germania, poiché, come negli Stati Uniti, la questione sorge attraverso un incidente processuale (anche se nel modello accentrato si

dovrebbe parlare, in modo più rigoroso, di pregiudizialità, in quanto il giudice che decide la questione non è lo stesso giudice del processo principale) e deriva dalla necessità di risolvere una concreta controversia tra le parti. Essa non può essere fittiziamente creata al solo scopo di sollevare la questione, bensì deve riguardare interessi reali e situazioni giuridiche soggettive aventi un oggetto autonomo rispetto alla questione di costituzionalità.

Ai due requisiti della rilevanza e della non manifesta infondatezza, se ne è aggiunto quantomeno un altro, per via giurisprudenziale, in molti degli ordinamenti che fin dall'inizio optarono per questo modello. Il giudice *a quo*, ossia quello della causa principale di merito, deve infatti previamente svolgere un tentativo di interpretazione conforme a Costituzione della disposizione applicabile. Questo perché, come la Corte costituzionale italiana più volte ha affermato, una disposizione non si dichiara incostituzionale in quanto è possibile una sua interpretazione non conforme a Costituzione, bensì perché quella incostituzionale è l'unica interpretazione possibile. Tale argomento fa appello, da una parte, alla teoria della diretta applicabilità della Costituzione da parte di tutti i giudici; dall'altra, al principio di economia processuale, per il quale la Corte è chiamata a pronunciarsi solo quando non sia possibile risolvere il problema in via interpretativa. A sua volta, un limite applicativo a questo requisito è la teoria del diritto vivente: il giudice, nel cercare di risolvere interpretativamente la questione, deve attribuire alla disposizione il significato comunemente utilizzato dalla giurisprudenza maggioritaria, al fine di non legittimare interpretazioni fantasiose e stravaganti al solo scopo di escludere il controllo di costituzionalità della Corte.

Da quanto detto, si può evincere come, nella prassi applicativa, le caratteristiche del modello lo avvicinino sempre più a quello diffuso, piuttosto che a quello accentrato e diretto di origine kelseniana. Il giudice ordinario, infatti, è chiamato a essere non soltanto portinaio della Corte, ma diretto interprete della Costituzione. Questo significa che il giudice ordinario, nella fase preliminare, svolge una vera e propria funzione di controllo di costituzionalità. Per questo, il monopolio della Corte costituzionale in tali sistemi è soltanto di accoglimento delle questioni, in quanto il giudice *a quo*, attraverso la valutazione dei requisiti della rilevanza, della fondatezza (Germania e Spagna) o non manifesta infondatezza (Italia), e attraverso la tecnica dell'interpretazione conforme, può direttamente rigettare la questione, applicando nel processo la norma ritenuta costituzionale (senza contare poi che, in alcuni ordinamenti, la diffusione del controllo sussiste di diritto rispetto ad atti normativi secondari, come i regolamenti).

Ulteriore aspetto riguarda l'effettiva opportunità di considerare il *tertium genus* come un vero e proprio "modello" di giustizia costituzionale, oppure semplicemente come una differente modalità di accesso alle Corti specializzate. In caso di risposta affermativa alla prima opzione, quali siano gli ordinamenti che possono essere classificati all'interno di tale categoria.

Il termine "modello" viene utilizzato nel linguaggio giuridico essenzialmente in due accezioni (di Robilant): come sinonimo di "esempio" o "archetipo"; oppure come struttura semplificata di una particolare realtà, utilizzata in funzione prescrittiva e predittiva rispetto al funzionamento della medesima

struttura riprodotta in diversi contesti. È evidente che se nella prima accezione non sorgono particolari problematiche quanto all'utilizzo del termine, nella seconda è necessario verificare se il "modello" di controllo di costituzionalità in via incidentale presenti caratteristiche peculiari tali da differenziarne la struttura e il funzionamento rispetto a quelli originali ibridati. Da un punto di vista meramente strutturale, la via incidentale è una delle possibili modalità di accesso alla Corte, che in tutti gli ordinamenti viene affiancata da altri meccanismi, quali, ad es., il ricorso in via d'azione da parte di organi pubblici, l'azione popolare o il ricorso individuale a tutela di diritti fondamentali. Da un punto di vista funzionale, il *tertium genus* viene definito come controllo concreto (Ruggeri e Spadaro). La concretezza inciderebbe sul modo in cui la Corte struttura il giudizio di compatibilità della norma alla Costituzione, dando rilievo ai fatti o al caso da cui il giudizio è sorto. A tal proposito, in altra sede, si è avanzata l'ipotesi che la previsione o meno, da parte dell'ordinamento, del ricorso individuale per la tutela dei diritti costituzionali fra gli strumenti di garanzia della Costituzione, incida sulla classificazione del modello. Si è sostenuto che fra gli ordinamenti inclusi *tertium genus*, *in primis* Italia, Germania e Spagna, si possa tracciare una linea di differenziazione tra gli ultimi due e in generale la stragrande maggioranza dei Paesi che hanno successivamente recepito questo modello, dove il giudizio in via incidentale ha un'occorrenza quantitativamente limitata e qualitativamente si svolge in modo tendenzialmente più similare a quello in via diretta; e l'Italia, dove in assenza di strumenti di ricorso individuale diretto e all'interno di un sistema di accesso alla Corte tra i più ristretti fra quelli a sistema accentrato, l'incidentalità (*rectius* pregiudizialità) non si limita a rappresentare soltanto una, tra le vie d'accesso alla Corte, ma attribuisce una particolare forma al giudizio costituzionale, giustificando allora la classificazione del sistema come "modello", pur con una portata molto più ristretta quanto al numero di ordinamenti inclusi.

Silvia Bagni

Derecho constitucional procesal

El derecho constitucional procesal, cuyo análisis comenzó con los planteamientos del ilustre procesalista uruguayo Eduardo J. Couture, se ocupa del estudio de las instituciones o de las categorías procesales establecidas por la Constitución.

La regulación constitucional de estos instrumentos se ha desarrollado de manera excepcional en los últimos años, ya que las cartas fundamentales más recientes dedican de manera progresiva disposiciones sobre la regulación de los principios básicos del derecho procesal, que ya no se concentran, como ocurría tradicionalmente, en la organización judicial y en el debido proceso legal, sino que también comprenden, entre otros aspectos, los derechos esenciales de las partes y en general de los justiciables, y algunos de estos lineamientos se sitúan dentro de los capítulos sobre derechos fundamentales.

Esta nueva rama del derecho constitucional es una disciplina estrechamente vinculada al procesalismo científico, y el enfoque que presentamos debe ser forzosamente provisional, puesto que no se han desarrollado de ma-

nera suficiente los estudios sobre este sector. Con esta aclaración, es posible establecer tres aspectos esenciales del derecho constitucional procesal:

I. Jurisdicción. Solo para tener un apoyo en cuanto a la naturaleza de la institución partimos de una noción aproximada, de acuerdo con la cual la *jurisdicción* es la función pública que tiene por objeto resolver las controversias jurídicas que se plantean entre dos partes contrapuestas y que deben someterse al conocimiento de un órgano del Estado, el cual decide esas controversias de manera imperativa y desde una posición imparcial.

Cabe destacar que esta actividad pública se ha transformado de manera paulatina, de un procedimiento mecánico de aplicación de las normas legislativas, en una actividad de creación jurídica que otorga contenido a esas normas por medio de su interpretación e integración en los casos concretos de los que conocen los tribunales.

II. Garantías judiciales. Debemos entender por ellas el conjunto de instrumentos establecidos en las normas constitucionales con el objetivo de lograr la independencia y la imparcialidad del juzgador, y que poseen además un doble enfoque, pues al mismo tiempo que se utilizan en beneficio de los miembros de la judicatura, también favorecen la situación de los justiciables, ya que la función jurisdiccional se ha establecido en su beneficio. En este sentido, puede invocarse lo establecido por los arts. 14, primer párrafo, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, 8o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el 6o. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; instrumentos en los que se establece, en esencia, el derecho fundamental de todo gobernado de ser escuchado públicamente y con las debidas garantías ante un tribunal competente, independiente e imparcial, y establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada en contra de ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones.

Entre esas garantías judiciales se pueden señalar varios instrumentos que se aplican a los miembros de la judicatura, relativos a la estabilidad, remuneración, responsabilidad y autoridad de los juzgadores.

1. *Estabilidad*. Debe entenderse como el conjunto de medios que se traducen en la permanencia de los jueces y los magistrados, ya sea por un periodo determinado o de manera indefinida, hasta la finalización de su cargo, fallecimiento o edad de retiro, a no ser que incurran en motivo de responsabilidad que implique su remoción por medio de un proceso o de un juicio político. La forma más perfeccionada radica en la *inamovilidad*, la que significa que el juez o magistrado una vez designado permanece indefinidamente en sus funciones hasta su retiro forzoso a una edad determinada, e inclusive en algunos ordenamientos el cargo es vitalicio.

2. *Remuneración*. Este ha sido uno de los aspectos más débiles en la mayoría de los sistemas jurídicos de organización judicial y con mayor razón en Latinoamérica, pues en general los jueces y los magistrados perciben sueldos proporcionalmente inferiores a los que se otorgan a los funcionarios administrativos o legislativos. La Corte Suprema argentina, en una sentencia pronunciada el 18 de noviembre de 1985, señaló que la intangibilidad de los sueldos de los

jueces era garantía de independencia del Poder Judicial, de modo que cabía considerarla, junto con la inamovilidad, como garantía del funcionamiento de un poder del Estado, y esa intangibilidad comprendía la conservación del poder adquisitivo de esta, y no solamente su valor monetario formal.

3. *Responsabilidad*. Esta se puede entender desde varios enfoques. En sentido estricto, como el procedimiento establecido para imponer sanciones a los jueces que cometan errores inexcusables, faltas o delitos en el ejercicio de sus funciones; en una dimensión más amplia, también puede incluir la responsabilidad procesal, en la medida que los miembros de la judicatura gozan de atribuciones para la dirección del proceso, y finalmente, la responsabilidad de carácter político, cuando esos juzgadores intervienen en los instrumentos de justicia constitucional. La responsabilidad en sentido propio abarca varios aspectos: patrimonial, administrativo o disciplinario y penal.

4. *Autoridad*. Implica que los jueces y magistrados deben contar con instrumentos jurídicos para hacer respetar sus resoluciones, así como con el auxilio de la fuerza pública para la ejecución de estas. Los códigos procesales otorgan al juzgador medios de apremio y correcciones disciplinarias, que pueden llegar a la multa y al arresto en los casos extremos, para imponer sus decisiones a las partes o a terceros.

III. *Garantías de las partes*. Son las que poseen los justiciables cuando acuden a solicitar la prestación jurisdiccional. Los lineamientos esenciales de estas garantías se han consagrado en las cartas constitucionales (inclusive, así sea de manera limitada, por los ordenamientos clásicos), ya que los derechos subjetivos públicos relativos a la *acción procesal y a la defensa o debido proceso* se han consagrado tradicionalmente como derechos fundamentales de la persona y han sido reglamentados por los mismos textos constitucionales, con mayor amplitud por lo que respecta a la materia penal, que ha sido el aspecto más sensible del derecho constitucional procesal. Las declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos los han consagrado en todos los campos.

1. *Acción procesal.* El derecho de acción se consideró tradicionalmente, a partir del derecho romano y hasta la primera mitad del siglo XIX, como el mismo derecho subjetivo llevado al proceso; sin embargo, gracias a las aportaciones de los juristas alemanes de la segunda mitad del siglo pasado, se reconoció a la acción la naturaleza de un derecho autónomo, diverso del derecho sustantivo público que corresponde a todo gobernado de solicitar al Estado la prestación jurisdiccional. Cabe destacar que este derecho autónomo ha experimentado una transformación sustancial debido al fenómeno de la socialización del derecho, en el cual se reconocen y se tratan de evitar los obstáculos del orden económico, social, político y cultural que en el campo del derecho procesal entorpecen la real participación de los justiciables, e impiden la eficacia del proceso.

2. *Derecho de defensa o debido proceso legal*. Abarca numerosos aspectos que han sido desarrollados por la jurisprudencia de muy diversas maneras en los distintos ordenamientos que la consagran, pues comprende instrumentos procesales, como la publicidad del proceso; el derecho a un juez natural (o sea, que nadie puede ser juzgado por tribunales de excepción o sometido a la justicia militar si no pertenece a las fuerzas armadas); la oportunidad

probatoria, etcétera. Pero también este derecho de defensa abarca aspectos sustantivos, pues la solución que se dicte en el proceso debe ser razonable, es decir, adecuada a la controversia planteada. Uno de los aspectos esenciales del debido proceso es el relativo a la *igualdad efectiva de las partes*, la cual surgió con el derecho procesal laboral, precisamente debido a la comprobación de que en los conflictos obrero patronales existe una parte débil: el trabajador; al respecto destacan las profundas reflexiones del procesalista uruguayo Eduardo J. Couture sobre la "igualdad por compensación", para lograr el equilibrio de las partes.

Héctor Fix-Zamudio

Derecho de asilo

El derecho de asilo consiste en la protección que otorga facultativamente el Estado soberano en su territorio a toda persona no nacional que sufre persecución en su país de origen, o en aquel donde antes tuviera su residencia habitual, por razones políticas, ideológicas o conexas a estas, que conciernan ciertos principios y valores democráticos; la regulación de este derecho tiene lugar en los distintos sistemas jurídicos nacionales.

El asilo en su génesis surge como una institución con un matiz netamente religioso, cuyo objetivo era ayudar y proteger a personas perseguidas por las fuerzas civiles. Por ello, en la doctrina al referirse a los orígenes del asilo se hace alusión a pasajes bíblicos e interpretaciones teológicas, más que antropológicas.

En la Grecia clásica, el asilo alcanzó un alto grado de desarrollo y fue conocido como *asylon*, que significa inviolable. Esta figura fue transmitida por la piedad popular y por tradición apostólica y patrística, en un primer momento de forma de costumbre social, que más tarde iba a adquirir naturaleza jurídica con las leyes a partir de los siglos IV y V en el ámbito eclesial y secular, manteniéndose en la cristiandad hasta en nuestros tiempos, en los que sus valores esenciales se encuentran transmutados en distintos marcos legales, tanto nacionales como internacionales.

La institución del asilo político ha tenido un desarrollo disímil en distintas regiones del mundo, por lo que actualmente conocemos dos clases de asilo de gran importancia (el territorial y el diplomático) que se identifican en las prácticas nacionales de los Estados, en especial nos referimos a los continentes europeo y americano.

La referencia más relevante sobre el asilo territorial se encuentra en la Resolución 2312 (XXII) de la Asamblea General de la ONU del 14 de diciembre de 1967, adoptada en forma de "Declaración sobre Asilo Territorial". Ahí se hace referencia a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que establece el derecho humano a buscar asilo y disfrutar de él en cualquier país (art. 14), manteniendo como base axiológica de la institución del asilo a los principios fundamentales de la organización, tales como la paz, la seguridad y la cooperación internacional, así como el fomento de las relaciones de amistad entre las naciones, con el fin de garantizar los derechos humanos.

La citada Declaración señala que el asilo territorial no debe ser considerado como un acto inamistoso entre los pueblos, que deberá otorgarse a las personas con fundamento en el ejercicio de la soberanía (art. 1o.) y no podrán invocar este derecho las personas que hayan cometido un delito contra la paz, de guerra o contra la humanidad (art. 1.2). De tal forma que el derecho a buscar asilo se encuentra condicionado y podrá no ser concedido; sin embargo, cada país es libre de dispensar o no la protección.

Cabe señalar la relativa ineficacia de la comentada Declaración, en consideración a su naturaleza que carece de vínculo jurídico coercitivo, según las reglas, en estricto sentido, del derecho internacional público. Por esta razón, la ONU convocó a una conferencia en Ginebra, Suiza, del 10 de enero al 4 de febrero de 1977, de acuerdo con la Resolución 3456 (XXX) de la Asamblea General, con el propósito de adoptar una Convención sobre el asilo territorial que sí garantizara un marco mínimo de derechos de manera vinculante. No obstante, el esfuerzo fue en vano, puesto que no se pudo llegar a ningún acuerdo formal y las expectativas sobre una nueva conferencia o adopción de un marco legal internacional sobre asilo territorial son escasas.

El asilo diplomático, por su parte, se concibe como una institución típica de América Latina, que consiste en la protección dispensada en las misiones o legaciones diplomáticas del Estado. Al igual que el asilo territorial, este tipo de asilo se concede a personas objeto de persecución política o ideológica, con la singularidad de que esa protección se otorga en las instalaciones de las embajadas o consulados de un Estado dentro del territorio de otro.

El objeto de esta institución consiste en conseguir las suficientes garantías diplomáticas por parte del Estado persecutor, a través de una especie de salvoconducto, que permita a la persona perseguida salir de su territorio sin que peligre su vida o su integridad, lo que algunos conciben como una etapa previa al derecho de asilo territorial. El asilo diplomático es también comprendido en su regulación latinoamericana como asilo político (Convenio de La Habana sobre Asilo, del 20 de febrero de 1928; modificado por el Convenio de Montevideo sobre Asilo Político, del 26 de diciembre de 1933), a diferencia de la concepción europea, en donde el asilo territorial es entendido como sinónimo del asilo político.

En Europa se considera que la protección brindada en las legaciones diplomáticas a personas que sufren persecución es una especie de “refugio temporal por razones humanitarias”, que se otorga con fundamento en el principio de “inviolabilidad en los recintos diplomáticos”, establecido en el Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, en su art. 22.1, y en virtud de los principios de derecho internacional consuetudinario de proteger la vida, evitar la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, pero bajo ningún concepto por vinculación jurídica al asilo diplomático, institución que carece de validez en ese continente.

De tal forma, la modalidad de asilo diplomático es entendida como una costumbre de ámbito regional latinoamericano y su marco internacional se encuentra en la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático del 28 de marzo de 1954, celebrada en el seno de la Décima Conferencia Interamericana.

La Convención de Caracas nace bajo el antiguo concepto de "extraterritorialidad", por el cual los Estados pueden conceder el asilo diplomático en sus "territorios ficticios". En ella se incluyen, además del recinto de la misión y la vivienda del jefe diplomático, los navíos de guerra, campamentos y aeronaves militares (art. 1o.); sin embargo, parece que en la actualidad la "extraterritorialidad" pierde sustento jurídico, en tanto que cobra mayor importancia el principio de "la inviolabilidad de la misión diplomática". Esto significa que, bajo la concepción de "extraterritorialidad", los recintos diplomáticos se consideran "islas absolutas de la soberanía del Estado en misión", en el territorio de un Estado anfitrión; mientras que el principio de "inviolabilidad de la misión diplomática" sustenta que los edificios o recintos donde se encuentren las embajadas o consulados dependen parcialmente del Estado receptor. Así, mediante la adopción de leyes nacionales sobre recintos diplomáticos y consulares (caso del Reino Unido, Ley de 1987) es posible revocar el estatus diplomático de una embajada o consulado en determinadas situaciones de crisis, tales como las rupturas de las relaciones diplomáticas, en virtud de conflictos ideológicos, políticos o bélicos.

Carlos Alberto Prieto Godoy

Derecho de asociación

El derecho de asociación consiste en la libertad que tiene todo individuo para constituir con otras personas una entidad con personalidad jurídica propia, con efectos temporales estables para el cumplimiento de fines lícitos previamente establecidos y con reglas internas otorgadas en atención a los principios de autoorganización y autodeterminación asociativa. Este derecho adquiere particular relevancia en los Estados democráticos, porque las asociaciones constituyen una manifestación del pluralismo, según Häberle en *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, y tienen una función mediadora entre los gobernados y el poder público, de acuerdo con Tocqueville y su obra *La democracia en América*.

I. Reconocimiento constitucional. El derecho de asociación tiene un reconocimiento tardío en el constitucionalismo —salvo en Estados Unidos e Inglaterra, donde se apreció una relación estrecha entre este derecho y las libertades de expresión y reunión—, ya que el liberalismo político decimonónico concibió al Estado, bajo la influencia de Rousseau, como una asociación política derivada de un pacto social, sin admitir estructuras o entidades intermedias entre la libertad individual y la representación política, de acuerdo con Coello Garcés en libro *El Estado democrático postnacional. Dimensiones actuales del principio de soberanía y ciudadanía*, pues, según Lucas Murillo de la Cueva y su obra *El derecho de asociación*, "se temía que pudieran fraccionar la visión directa del interés colectivo y crear una barrera innecesaria entre cada uno de los individuos y el Estado". De ahí que este derecho no se encuentre expresamente establecido en las primeras declaraciones de derechos humanos ni en la Constitución francesa de 1791.

Con posterioridad se genera una evolución significativa del pluralismo político y de la libertad individual para el reconocimiento constitucional del

derecho de asociación, como es el caso de las Constituciones de México de 1857 y 1917, de Weimar de 1919, de Austria de 1920 y de España de 1931 (con algún antecedente en los textos constitucionales españoles de 1869 y 1876), entre otras.

En el caso mexicano, este derecho se estableció de manera conjunta con el derecho de reunión en el primer párrafo del art. 9o. constitucional, que permanece incólume desde 1917, en los siguientes términos: "No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país. Ninguna reunión armada, tiene derecho de deliberar".

II. Reconocimiento convencional. En cuanto al ámbito internacional de los derechos humanos, el derecho de asociación cuenta con un reconocimiento preponderante, como puede advertirse de lo previsto en los arts. 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; en los que se establece, en esencia, que todas las personas tienen derecho a asociarse libremente. De manera que, el derecho de asociación cuenta con una configuración constitucional y convencional de amplio contenido, porque comprende de manera genérica tanto el ejercicio de esta libertad, sin interferencias indebidas de la autoridad, como las diversas manifestaciones asociativas previsibles en un Estado democrático, ya sean con fines políticos, ideológicos, religiosos, laborales, sociales, económicos, profesionales, culturales, deportivos, o bien de cualquier otra naturaleza.

III. Las vertientes del derecho de asociación. La libertad asociativa se caracteriza, según Lucas Murillo de la Cueva, por su pluripersonalidad, que trasciende más allá del ámbito de la individualidad de los derechos. Asimismo, esta libertad se distingue por su carácter instrumental para el cumplimiento de otros fines, ya que a partir de este derecho se concretan, por ejemplo, la participación política de los ciudadanos a través de agrupaciones o partidos políticos; la defensa de derechos laborales en los sindicatos; el ejercicio de la libertad religiosa y el libre desarrollo de las expresiones culturales en asociaciones de esta índole; entre otros.

Debido a estas particularidades, es posible identificar diversas vertientes del derecho de asociación, tales como: a) el derecho a constituir asociaciones o la libertad fundacional de una asociación, como dimensión básica de este derecho; b) el derecho a incorporarse a asociaciones previamente constituidas, que consiste en la libertad positiva o activa que tiene todo individuo para asociarse a determinada entidad con fines lícitos; c) el derecho a no asociarse; es decir, la libertad negativa o de la no pertenencia a una asociación, lo que implica una prohibición a la afiliación o sindicación obligatoria; d) el derecho a abandonar una asociación, que significa la libre manifestación de la voluntad de separarse de una entidad o agrupación específica; e) la libertad de autoorganización y autodeterminación para definir el funcionamiento interno de la asociación, con la posibilidad de dotarse de sus propias normas estatutarias, sin injerencias externas o gubernamentales, y f) el derecho de los

asociados frente a la asociación, que genera la posibilidad de disentir respecto a las decisiones de los órganos de dirección o estar en aptitud de controvertir sus actos, así como el reconocimiento de medios idóneos para la salvaguarda de los derechos de los asociados, y de su garantía de audiencia y legítima defensa, de acuerdo con Sauca Cano y su escrito "Artículo 22 de la Constitución española: el derecho de asociación", como ocurre con el derecho de los afiliados en los partidos políticos.

IV. Límites constitucionales y convencionales. De lo previsto en el art. 9o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de los referidos textos internacionales se advierte que el ejercicio de este derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas en la Constitución y en la ley, siempre y cuando sean necesarias en una sociedad democrática, como es el caso de la prohibición de la ilicitud de sus fines, o por razones de orden público, para proteger la salud, la moral o los derechos de terceros, y en materia política, únicamente pueden ejercer el derecho de asociación quienes tengan el estatus de ciudadano.

V. Diferencia entre el derecho de asociación y de reunión. La nota esencial que distingue a estos derechos, conforme a lo estipulado por Carbonell en el libro *Los derechos fundamentales de México*, es que la libertad asociativa tiene efectos temporales extendidos, y no se agota mientras físicamente se encuentran reunidas determinadas personas, porque en la asociación se crea una entidad con personalidad jurídica distinta a la de sus asociados, lo que le otorga una mayor temporalidad y permanencia.

Clicerio Coello Garcés

Derecho de asociación (jurisprudencia constitucional)

La jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México considera que la libertad de asociación es un derecho fundamental indispensable en todo régimen democrático, porque propicia el pluralismo político y la participación de la ciudadanía en la formación y control del gobierno (Jurisprudencia P./J.54/2009). También estima que se trata de un derecho complejo compuesto por "libertades de índole positiva y negativa que implica, entre varias cuestiones, la posibilidad de que cualquier individuo pueda establecer, por sí mismo y junto con otras personas, una entidad con personalidad jurídica", cuya finalidad lícita sea de la libre elección de los asociados (Tesis 1a. LIV/2010).

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que el derecho de asociación previsto en el art. 9o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos opera en tres posibles direcciones: a) como derecho de asociarse formando una organización o incorporándose a una ya existente; b) como derecho a permanecer en la asociación o renunciar a ésta, y c) como derecho a no asociarse. Por lo que concluye la Suprema Corte de Justicia de la Nación que imponer en la ley una obligación a los comerciantes e industriales a que se afilien a una cámara en específico vulnera este derecho fundamental (Jurisprudencia P./J.28/1995).

Por su parte, el Tribunal Constitucional español considera que el derecho de asociación constituye la facultad de unirse con otros libremente para estructurar una agrupación sin injerencia estatal (STC 67/1985), para lo cual cuenta con la potestad de autoorganización, que comprende desde la aprobación de sus estatutos hasta la expulsión de los asociados, de manera que "quienes ingresan en ella se entiende que conocen y aceptan en bloque las normas estatutarias a las que quedan sometidos" (STC 218/1988).

I. Restricciones al derecho de asociación. Con relación a las limitaciones de este derecho, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que no se vulnera la libertad de asociación cuando se precisan en la ley requisitos razonables para su registro; por tanto, pueden preverse requerimientos legales a efecto de "salvaguardar los intereses colectivos que se persiguen con su establecimiento" (Tesis P. CXXV/2000). Sin embargo, estima que son contrarias a la Constitución Política las restricciones injustificadas e indebidas a la libertad de asociación; por ejemplo, en aquellos supuestos en los que se limite a un individuo a pertenecer únicamente a una asociación, como puede advertirse de la tesis aislada de rubro: "Libertad de asociación y principio de igualdad. La imposibilidad de que un individuo pertenezca a más de un colegio de profesionistas es inconstitucional" (Tesis 1a. LIII/2010); o en los casos en los que se restrinja la existencia de un número determinado de asociaciones, como lo prevé la tesis aislada de rubro: "Colegios de profesionistas. El artículo 44 de la ley reglamentaria del artículo 5o. constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el distrito federal, al limitar a cinco el número máximo de colegios susceptibles de constituirse por cada rama, vulnera la garantía de igualdad, en relación con las de libertad de trabajo y asociación" (Tesis 1a. CCXXXVII/2007).

II. Relación y diferencia entre el derecho de asociación y de reunión. El derecho de reunión mantiene una estrecha relación con el de asociación, porque estos derechos tienen un carácter instrumental para lograr determinados fines, y convergen en la concreción de otros derechos fundamentales, como los de participación política, libertad sindical, libertad religiosa o libertad de expresión. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional establece que "la diferencia sustancial entre ambos derechos es que la libertad de asociación implica la formación de una nueva persona jurídica, con efectos jurídicos continuos y permanentes, mientras que una simple congregación de personas se caracteriza por una existencia transitoria cuyos efectos se despliegan al momento de la reunión física de los individuos" (Tesis 1a. LIV/2010).

III. Derecho de asociación en materia política. En el ámbito político, únicamente los ciudadanos tienen derecho de asociarse para participar o formar parte en los asuntos públicos, en atención al carácter restrictivo del estatus de ciudadanía, concebido bajo la perspectiva tradicional del Estado nacional (Coello Garcés: 2013, 185). Al respecto, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación prevé en su Jurisprudencia 25/2002, que el ejercicio del derecho de asociación en materia político-electoral consiste en que los ciudadanos pueden formar partidos y agrupaciones políticas, cumpliendo con los requisitos que se establecen en la ley; por lo que el ejercicio de esta libertad en materia política "está sujeta a varias limitaciones y una condicionante: las

primeras están dadas por el hecho de que su ejercicio sea pacífico y con un objeto lícito, mientras que la última circunscribe su realización a los sujetos que tengan la calidad de ciudadanos mexicanos".

En esta materia, el derecho de asociación tiene una vertiente de gran trascendencia para la participación política de los ciudadanos, como es el caso del derecho de afiliación partidista, que comprende no solo la potestad de formar parte de un partido político o de una agrupación política, sino también la de conservar su afiliación, incluso la de no afiliarse a éstos o desafiliarse libremente (Jurisprudencia electoral 24/2002). En ese sentido, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación considera que en el control de la constitucionalidad y legalidad de los estatutos de los partidos políticos deben armonizarse dos principios que se encuentran inmersos en el derecho de asociación; por una parte, la libre afiliación partidista de los ciudadanos y, por otra, la libre autoorganización del partido político como entidad de interés público (Tesis electoral VIII/2005).

IV. Medidas compensatorias en la libertad de asociación. A efecto de privilegiar el ejercicio del derecho de asociación, el órgano jurisdiccional en materia electoral considera que cuando los integrantes de comunidades indígenas soliciten el registro de un partido político, las autoridades electorales deben adoptar las medidas compensatorias y adecuadas para maximizar su derecho de asociación y participación política, como puede advertirse del criterio interpretativo que integra la tesis de rubro: "Comunidades indígenas. Debe maximizarse el derecho de asociación en el procedimiento de registro de partidos políticos" (Tesis electoral XXXI/2012).

Clicerio Coello Garcés

Derecho de asociación (jurisprudencia europea)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostiene que el aspecto más importante del derecho de asociación es que los ciudadanos son capaces de crear una entidad legal para actuar colectivamente en un ámbito de interés mutuo, lo que le otorga a este derecho un sentido práctico (sentencia Gorzelik y otros *vs.* Polonia, 2001, §55), y no obstante que es una libertad autónoma con una esfera específica de aplicación, también constituye un medio adecuado para el ejercicio de las libertades de pensamiento, de conciencia, de religión y de expresión de las ideas (Sentencias Ahmed *vs*. Austria, 1998, §70 y Chassagnou y otros *vs.* Francia, 1999, §57).

I. Reconocimiento en el Convenio Europeo. Este Tribunal considera que el derecho de asociación es inherente al art. 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, aunque este precepto haga referencia expresa a los sindicatos, ya que reconoce de manera genérica a la libertad asociativa, en los siguientes términos: "Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses".

II. Interpretación de los límites al derecho de asociación. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos estima que si bien los Estados tienen la potes-

tad de valorar si los objetivos y actividades de una asociación son conformes a sus leyes nacionales, también lo es que "deben hacerlo de una manera que sea compatible con sus obligaciones dimanantes del Convenio y que están sujetos a la fiscalización de este Tribunal" (sentencia Sidiropoulos y otros *vs.* Grecia, 1998, §40). De manera que la libertad de asociación no es absoluta y en determinados supuestos se acepta la imposición de límites, siempre y cuando estas restricciones tengan por objeto proteger otros derechos reconocidos en el referido Convenio y se acredite la "necesidad social apremiante" para justificar la intervención a este derecho (sentencia Otto-Preminger Institut *vs*. Austria, 1994 §§47 y 50). En ese tenor, este órgano jurisdiccional europeo precisa que el único motivo suficiente para justificar una restricción es aquella que tiene su origen en una sociedad democrática; por tanto, el término "necesidad social apremiante" no tiene la flexibilidad de las expresiones útil o deseable, pues "la democracia no significa simplemente que el punto de vista de la mayoría siempre tenga que prevalecer. Debe conseguirse un equilibrio que asegure el trato justo de las minorías y que evite cualquier abuso de una posición dominante" (sentencia Young, James y Webster *vs.* Reino Unido, 1981, §63).

III. La defensa de la democracia en Europa y el derecho de asociación. Los fundamentos de la defensa de la democracia y del Estado constitucional han generado que en diversos países europeos se hayan disuelto asociaciones o declarado inconstitucionales partidos políticos bajo el argumento de que éstos sostienen una doctrina contraria al sistema democrático, ya sea por promover el nacionalismo racista o xenófobo, tener vínculos con el terrorismo o pretender el establecimiento del islamismo extremista a través del *djihad* o guerra santa.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha conocido diversos casos vinculados con la ilegalización de partidos políticos, entre los que destacan particularmente los promovidos contra Turquía, como son los siguientes:

1. *Sentencia del Partido Comunista Unificado contra Turquía, del 30 de enero de 1998.* En este caso, el Tribunal observó que el partido político fue disuelto antes de haber iniciado sus actividades, y, por ende, tal medida fue adoptada solo sobre la base de sus estatutos, con lo cual la disolución fue una medida desproporcionada que no resultaba necesaria en una sociedad democrática, ya que el sólo hecho de utilizar en su denominación el término "comunista" no es suficiente para declarar inconstitucional una asociación política.

2. *Sentencia del Partido de la Libertad y de la Democracia contra Turquía, del 8 de diciembre de 1999*. En este asunto, el partido reivindicaba el reconocimiento del derecho a la autodeterminación del pueblo kurdo y denunciaba la opresión de esta minoría, cuestión que instó a su disolución, por considerar que su programa atentaba contra la integridad territorial y la unidad de la nación. El Tribunal Europeo estimó que el partido político no proponía un llamamiento a la violencia o alguna forma de rechazo a los principios democráticos, sino que insistía en la necesidad de realizar su proyecto político respetando las reglas democráticas, con una solución pacífica al conflicto histórico de esa minoría nacional (Rollnert: 2000, 153).

3. *Sentencia del* Refah Partisi *(Partido de la Prosperidad) y otros contra Turquía, del 31 de julio de 2001*. Este asunto marca un punto de inflexión en la jurispruden-

cia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la disolución de partidos políticos. Esta organización política fue declarada ilegal en ese país, bajo la acusación de haberse convertido en un centro de actividades contrario a los principios constitucionales y al laicismo, por promover la doctrina del islam extremista y por pugnar por la instauración de un régimen jurídico religioso conocido como *Sharia*.

El Tribunal Europeo sentenció que la disolución de este partido político no vulneró el art. 11 de la Convención, porque las posiciones del *Refah Partisi* formaban una imagen clara del modelo de Estado que este partido concebía de acuerdo con reglas religiosas, por lo que su proyecto político no era teórico ni ilusorio, sino realizable. Por lo anterior, estimó que el Estado de Turquía sí podía razonablemente evitar la ejecución de un proyecto político incompatible con las normas de la Convención. Por tanto, consideró que la disolución de este partido no fue desproporcional a los fines legítimos perseguidos, porque respondía a la "necesidad social apremiante" de preservar el Estado laico y democrático (sentencia *Refah Partisi* y otros vs. Turquía, 2001, §§80 y 82).

Clicerio Coello Garcés

Derecho de asociación (jurisprudencia interamericana)

La Corte Interamericana ha considerado que todos los individuos que estén bajo la jurisdicción de los Estados miembros tienen derecho a agruparse con otras personas para la realización de un fin lícito, sin la intervención indebida de las autoridades que limiten este derecho o desnaturalicen el ejercicio de la libertad asociativa (caso Escher y otros *vs*. Brasil, 2009). Ello, en atención a lo previsto en el art. 16.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que "todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole".

I. Dimensión positiva y negativa del derecho de asociación. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el caso Baena Ricardo y otros *vs*. Panamá, sostuvo que la libertad de asociación tiene una dimensión positiva y una vertiente negativa, ya que por una parte reconoce el derecho de formar asociaciones, y por otra, la libertad de todas las personas a no agruparse a una organización específica, de manera que ningún individuo puede ser obligado a asociarse a una corporación.

II. Derecho de asociación política. El art. 16.1 de la Convención prevé el ejercicio legítimo del derecho de asociación en materia política, bajo la premisa de que en un sistema democrático debe protegerse la libertad asociativa de todos los ciudadanos, inclusive de los que integran las agrupaciones de oposición, ya que sin éstas no es posible el logro de acuerdos que atiendan las diferentes visiones que prevalecen en el contexto social (Silva: 2012, 372).

Por lo que en una sociedad democrática la participación efectiva de personas, grupos, organizaciones y partidos políticos debe ser garantizada por los Estados miembros, mediante normas y prácticas que permitan el acceso a los espacios deliberativos en condiciones de igualdad, así como a través de

medidas que promuevan su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales (caso Manuel Cepeda Vargas *vs.* Colombia, 2010).

III. Libertad sindical. El derecho de asociación en materia laboral consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna y programa de acción sin la intervención indebida de las autoridades, para lo cual cada trabajador está en libertad de determinar, sin coacción alguna, si desea o no formar parte del sindicato. En ese sentido, la Corte Interamericana estima que la libertad sindical reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores, y se enmarca en el *corpus juris* de los derechos humanos; de ahí que la protección a este derecho trascienda a la inviolabilidad de los espacios físicos o locales en los que desempeñan sus actividades. Por esta razón, las autoridades únicamente pueden acceder a las instalaciones sindicales mediante autorización judicial (caso Baena Ricardo y otros *vs.* Panamá, 2001); de lo contrario se disminuiría la capacidad de las agrupaciones de organizarse para la defensa de sus intereses (caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz *vs.* Perú, 2007).

IV. Restricciones al derecho de asociación. El art. 16.2 de la Convención establece que el ejercicio de este derecho "sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás". Al respecto, la Corte Interamericana ha precisado que la expresión "ley" no debe ser utilizada como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a considerar que una disposición emitida por el poder público, con carácter general, puede restringir derechos fundamentales. De manera que este vocablo recobra un "sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia de los poderes en la esfera de los derechos y libertades de las personas" (caso Baena Ricardo y otros *vs.* Panamá, 2001).

Es decir, las restricciones al derecho de asociación deben estar previstas en los ordenamientos constitucionales, o a través de la delegación expresa en la Constitución, para que el órgano Legislativo lleve a cabo la regulación de este derecho, siempre y cuando las limitantes sean necesarias en una sociedad democrática y se establezcan en aras de la seguridad nacional o el orden público.

Clicerio Coello Garcés

Derecho de excepción

I. Concepto. La excepción es un derecho procesal, que sirve como medio de defensa y que pueden invocar las partes, para enervar la demanda sin entrar al fondo del asunto. Esta categoría procesal en el derecho civil, frecuentemente ha servido para alargar los procesos. En cambio, en las acciones de garantía (acción de amparo y acción de cumplimiento en el Perú), es para proteger tales procesos, pero evitando su larga duración, teniendo en cuenta el carácter sumario de los mismos.

II. La excepción en materia constitucional. Creemos que las excepciones que pueden funcionar son las siguientes:

1. *Por la naturaleza de la acción*. Sería el caso que se demanda para proteger un derecho informático, empleando la acción de amparo o la acción de cumplimiento para proteger un derecho constitucional, que corresponde a una acción de amparo. En la práctica resultará más efectivo, declarar improcedente la demanda.

2. *Excepción de cosa juzgada*. El art. 6o del Código Procesal Constitucional señala que "En los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncia sobre el fondo".

Esta excepción procede cuando sobre la misma materia y seguida entre las mismas personas, la sentencia definitiva ha quedado firme, por lo que no procede que se vuelva a iniciar por la parte perdedora la acción; sin embargo, se viene discutiendo y tratando de poner en práctica una acción de amparo contra amparo.

3. *Excepción de prescripción*. Sería el caso de que alguien formule una demanda de acción de amparo. Ahora, de acuerdo al Código Procesal peruano, simplemente se le denomina "plazo de interposición de la demanda". Dicho plazo concluye a los treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena que se cumpla lo decidido. Y cuando los actos son contínuos, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución.

III. Excepciones y defensas previas. Es importante hacer referencia al trámite de este medio de defensa procesal.

En principio, las excepciones en materia de procesos comunes (civil, penal, laboral), en la mayor parte de casos se emplean como medios dilatorios por parte de los demandados. En cambio, en materia constitucional, tanto por la materia que se discute —derechos constitucionales— y por tratarse de procedimientos sumarios, no se permite que el trámite de las excepciones recorra todas las instancias. Por eso el art. 10 del Código mencionado establece: "Las excepciones y defensas previas se resuelven, previo traslado, en el auto de saneamiento procesal. No procede en el proceso de Hábeas Corpus".

IV. Las competencias y las excepciones. Es un tema que en la práctica cabe tenerlo en cuenta. En efecto, cuando se trata de una demanda de hábeas corpus, es competente un juez penal de la provincia donde se ha cometido el agravio. Y cuando se trata de las acciones de amparo, hábeas data y acción de cumplimiento, hay tres alternativas de competencia: el juez civil de turno de la provincia donde se encuentra el domicilio del demandado, o el juez civil de turno de la provincia donde tiene su domicilio el demandado, o el juez civil de la provincia donde se ha producido el agravio.

Por consiguiente, si cualquiera de estas acciones se presentaran ante un juez no competente, lógicamente el demandado podría deducir una excepción en relación con la competencia.

Víctor Julio Ortecho Villena

Derecho de igualdad ante la ley (jurisprudencia constitucional)

El derecho humano de la "igualdad ante la ley" puede ser un *principio* o un *valor*, con el carácter de una condición general de validez. Su construcción se basa en la interpretación de los tribunales constitucionales, contenido en las jurisprudencia donde la norma se contrasta con la realidad para llegar a la *igualdad material*, de acuerdo con las necesidades del contexto y de los casos que se tiene que decidir, para lo cual se emplean los conceptos de necesidad, racionalidad y proporcionalidad en medios y fines.

El Tribunal Constitucional Español, en jurisprudencia 8/1983, del 18 de febrero, pronunció: "Si a tal conclusión se llegara, se estaría desconociendo el *valor superior* que en el régimen democrático tiene el *principio de igualdad* básica de todos los ciudadanos y de lo que esto supone en orden a la supresión de toda desigualdad de trato. La *igualad* se configura como *valor* superior que, con una eficacia trascendente de modo que tal situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con los valores que la constitución como norma superior proclama". La igualad, como valor, es un regulador, y no una forma concreta de vida; más bien es una medida abstracta. Y en la óptica normativa, la igualdad como principio, no es una descripción universal de la realidad; es una directriz genérica referida al tratamiento de la identidad entre sí de la realidad humana.

Los parámetros de enjuiciamiento en la vulneración del "principio de igualdad en la aplicación jurisdiccional de la ley", el TC español, en resolución, 49/1982, del 14 de julio, señaló: "La regla general de la igualdad contenida en el artículo 14 de la Constitución contempla, en primer lugar, la igualdad de trato dado por la Ley o igualdad ante la Ley y constituye desde este punto de vista un límite puesto al ejercicio Poder Legislativo, pero es, asimismo, igualdad en la aplicación de la ley, lo que implica que un mismo órgano judicial no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, debe de ofrecer para ello una fuente suficiente y razonable. Distinto es el problema de la igualdad en la aplicación de la ley, cuando ésta no se refiere a un único órgano, sino a órganos plurales. Para tales casos la institución que realiza el principio de igualdad y a través de la cual se busca la uniformidad es la jurisprudencia, encomendada a órganos jurisdiccionales de superior rango, porque el principio de igualdad en la aplicación de la ley tiene necesariamente que cohonestarse con el principio de coherencia de los órganos encargados de la aplicación cuando éstos son órganos jurisdiccionales". Se infiere que el respeto y no vulneración del principio de igualdad en la aplicación jurisdiccional de la ley implica que un mismo órgano judicial no puede modificar arbitrariamente sus decisiones en casos sustancialmente iguales; sin embargo, la misma sentencia otorga un parámetro permisivo para apartarse del precedente, pero tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

Además, en sentencia del TC español 66/1987, del 21 de mayo, se establece la visión donde se exige el juicio de igualdad en la aplicación jurisdiccional de la ley, así: 1. Reitera el carácter vinculante del principio de igualdad

respeto de los jueces y tribunales de justicia, los cuales; 2. No pueden apartarse arbitrariamente del sentido de sus decisiones, en caso de que lo hagan, y 3. Deberán aportar una fundamentación suficiente y razonable.

El Tribunal Constitucional chileno, en sentencia del 8 de abril de 1985, Rol No 28, establece que "La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser igual para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficiaren o graven a otros que se hallan en condiciones similares. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición; por lo que ella no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo".

Es este orden, encontramos la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, caso "Empresa Singer", noviembre de 1995: "El hecho de pertenecer a un sindicato no puede dar origen a la discriminación en materia de sueldos y prestaciones sociales. No resulta justificado ni legitimado el trato diferenciado que se da a una u otra clase de trabajadores. Es más, podría pensarse que el origen de la discriminación se centra en la pertenencia de algunos trabajadores al sindicato".

Por su parte, el criterio sostenido por la Corte Suprema chilena, en sentencia del 15 de junio de 1988, donde establece "la igualdad ante la ley es el sometimiento de todas las personas de similares condiciones a un mismo estatuto jurídico fundamental para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus deberes, sin que sea posible discriminar entre ellas, por lo que es natural que, en una serie de ámbitos, la ley pueda hacer diferencias entre grupos, siempre y cuando no sea una discriminación arbitraria, esto es, contraria a la ética elemental o que tenga una justificación racional".

El Tribunal Constitucional español, en la sentencia 144, de 1988, establece lo siguiente: "El principio de igualdad que garantiza la Constitución opera en dos planos distintos. De una parte, frente al legislador o frente al poder reglamentario, impidiendo que uno u otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables se encuentren en la misma situación, o dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser tomadas nunca en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria.

En otro plano, en el de aplicación, la igualdad ante la ley obliga a que ésta sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas, o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en las normas".

Las ideas construidas en la doctrina jurisprudencial, donde se crearon los principios como la razonabilidad y la proporcionalidad entre medios y fines. El *principio de proporcionalidad* es el criterio para determinar el principio de igualdad, lo que implica que un privilegio a favor solo sería admisible constitucionalmente, de existir una "razón suficiente" que lo justificara. Además, el "concepto de proporcionalidad" comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectado por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin; es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes. Los principios logran la "igualdad ante la ley", lo que a su vez permite aproximarse a la "igualdad material", derivado de la interpretación de la realidad humana.

Isidro Mendoza García

Derecho de igualdad ante la ley (jurisprudencia europea)

El derecho fundamental a la igualad ante la ley debe ser estudiado en su relación con otros derechos humanos contenidos en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, lo que hace necesario enunciar los derechos que contempla el Convenio, y se hace a la luz de la jurisprudencia que ha generado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Convenio garantiza el derecho a la vida (art. 2o); prohíbe la tortura o tratos inhumanos o degradantes (art. 3o); la esclavitud o servidumbre, así como los trabajos forzados (art. 4o); reconoce el derecho a la libertad y a la seguridad y los derechos del detenido (art. 5o), y el derecho a un juicio justo y a la presunción de inocencia (art. 6o); prohíbe la retroactividad de la ley penal (art. 7o); protege la vida privada y familiar (art. 8o); las libertades de pensamiento, conciencia y religión (art. 9o); de expresiones e información (art. 10); de reunión pacífica, de asociación y de sindicalización (art. 11); reconoce el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia (art. 12); garantiza el derecho de toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el Convenio hayan sido violados, a un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales (art. 13); finalmente, el derecho al disfrute de tales derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas y otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento, o cualquier otra situación (art. 14).

En el sistema del Convenio, el derecho a la no discriminación no es por tanto un *derecho autónomo*, ya que el art. 14 protege el derecho a no ser discriminado *en el goce de alguno de los derechos reconocidos en el convenio*, los cuales previamente fueron enunciados. La igualdad, como principio fundamental, solo se

puede entender a través de la jurisprudencia relevante del Tribunal Europeo en relación con la configuración del principio de la igualdad de género, referida a la prohibición de discriminación por diversas circunstancias, entre las que se incluye el sexo, que refleja una porción de la realidad interpretada en materia de igualdad, por el Tribunal.

Dos casos paradigmáticos de la discriminación por razón de sexo son el Siliadin *vs.* Francia (Demanda 7331/01), del 26 de julio de 2005, y el Rantsev *vs.* Chipre y Rusia (demanda 25965/04), del 7 del enero de 2010. Los dos casos señalados se referían a situaciones de explotación en las que las víctimas prioritarias eran mujeres y niñas, mostrándose en los hechos presentados unos fenómenos ampliamente feminizados.

En el primer caso la demandante ante el TEDH, procedente de Togo, tenía la edad de 20 años y desde los 15 había realizado trabajo doméstico en Francia. El Comité contra la Esclavitud Moderna, en el proceso judicial se reclamó, que había sido sometida a las prácticas prohibidas por el art. 4o. el CEDH. En segundo caso, quien presentó la demanda ante el TEDH fue el padre de la señora Oxana Raanseva, porque había fallecido en circunstancias extrañas en Chipre. La joven rusa llegó a Chipre para trabajar como artista en un cabaret el 5 de marzo de 2001. Las circunstancias estaban relacionadas con las redes de prostitución. En la demanda se solicitó que se considerasra vulnerado el art. 4o. del CEDH. En ambos casos el THDH determinó que se enfrentaba a nuevas formas de esclavitud, que tienen como objeto prioritario la explotación de mujeres y niñas, y que incluyen necesariamente un sistema de tráfico internacional de seres humanos. Los datos del Tribunal señalaron que tanto el tráfico con fines de esclavitud doméstica como el destinado a explotación sexual suponen un fenómeno claramente feminizado, aunque los Estados habituales de procedencia de las mujeres variaban en una tipología y en otra, ambas son violaciones al art. 4o. del Convenio.

La discriminación por razón de sexo, en el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reyno Unido* (demanda 9214/80; 9473/81; 9474/81), del 28 de mayo de 1985. Las demandantes eran titulares de un permiso de residencia en Reino Unido, y pretendían la reunificación familiar con sus cónyuges y prometido a través de la solicitud de un permiso de residencia para ellos. La legislación británica no aceptaba la reunificación en el caso de mujeres residentes, aunque sí lo hacían cuando el residente legal era varón. El Tribunal señaló violación al art. 8, puesto que el Estado no estaba obligado a reconocer la agrupación familiar, pero sí del art. 14 debido a que la forma en la que se producía la regulación nacional en este ámbito suponía una discriminación por razón de sexo, en el disfrute del derecho a la vida familiar de las demandantes.

El Tribunal ha declarado que la aplicación del art. 14 resultaba subsidiaria con relación a la aplicación de los artículos sustantivos, de forma que si se señalaba la vulneración de estos últimos no era necesario examinar si existía una causa de discriminación. El caso *Airey vs. Irlanda* (demanda 6289/73), del 9 de octubre de 1979. A la demandante, de nacionalidad irlandesa y sin recursos, se le negó la ayuda judicial en la interposición de una demanda contra su marido, del que recibía maltratos. El Tribunal consideró que había violación del derecho a un proceso, recogido en el art. 6, y del derecho al respeto a la

vida familiar, recogido en el numeral 8, pero rechazó considerar la alegación de discriminación conforme al art. 14, por entender que el caso quedaba concluido con estas consideraciones.

El caso *Rasmussen vs. Dinamarca*, del 28 de diciembre de 1984. El demandante objetaba la legislación danesa que limitaba los plazos del padre para ejercer una acción de determinación de paternidad, mientras que no se limitaba este derecho de la madre. El Tribunal estimó en este caso que el fin pretendido era legítimo, ya que se hacía en beneficio del interés del hijo, de forma que no se había transgredido el principio de proporcionalidad en el margen de apreciación del Estado.

El caso D.H. y otros *vs. la República Checa* (demanda 57325), del 13 del noviembre de 2007, el cual, aunque no referido a la discriminación por razón de sexo, resulta especialmente de utilidad en este ámbito. El asunto al que venía referido mostraba cómo se escolarizaba a alumnado gitano en centros para alumnos con dificultades de aprendizaje, sin que se les hubiera hecho pruebas de capacidad intelectual. El Tribunal señaló que debía considerarse la vulneración del art. 14 podría probarse indiciariamente por parte de quien alega la discriminación, utilizando, incluso, datos estadísticos.

El caso *Thlimmenos vs. Grecia* (demanda 344369/97), del 6 de abril de 2000. El demandante no podía acceder a un puesto de contable por tener antecedentes penales que provenían de su negativa a cursar el servicio militar por razones religiosas. El Tribunal consideró la vulneración del art. 14 en relación cone el 9o., sobre libertad religiosa, por entender que debía distinguirse entre las causas de los antecedentes penales. Lo más trascendente de este pronunciamiento es que el órgano judicial añadió que debía considerarse vulnerado el art. 14 cuando los Estados, sin justificación razonable, no aplican un trato diferente a situaciones diferentes.

El análisis del derecho humano. Del derecho a la igualdad ante la ley, al tenor de los pronunciamientos contenidos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, se ha establecido la necesidad de estudiar el principio, relacionándolo con los derechos fundamentales contenidos en el Convenio Europeo, en razón de no tener autonomía propia el art. 14 del Convenio, donde se contiene el derecho fundamental a la no discriminación y proscribe la prohibición de la desigualdad.

Isidro Mendoza García

Derecho de igualdad ante la ley (jurisprudencia interamericana)

La idea del principio de igualdad es analizada bajo la óptica de derecho humano, que se ha ido construyendo a través de las interpretaciones contenidas en la jurisprudencia y en opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; esencialmente el principio de igualdad ante la ley, contenido en el art. 24 de la Convención Americana, relacionando principios como igualdad y no discriminación, y el principio de protección igualitaria.

El principio de *igualdad ante la ley*, caso Comunidad Indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay. La obligación de los Estados de garantizar, en condiciones de

igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Los derechos se garantizan, al interpretar y aplicar su norma interna. Los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural.

El caso Yatama *vs.* Nicaragua, bajo el *principio de protección igualitaria* y *efectiva de la ley de la no discriminación*, ha consagrado la evolución del derecho internacional. El principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens.* El principio adquiere un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el derecho interno; se trata de un principio imperativo. Los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias; además, establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable. El Estado debe generar condiciones y mecanismos óptimos para esos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación.

La Corte, en la opinión consultiva 18, de 2003. Los Estados partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos en ella consagrados. Los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias. Los graves males de nuestros tiempos —el narcotráfico, el terrorismo, el crimen organizado— nada justifica tratar a ciertas personas con menoscabo del principio fundamental de la igualdad y no discriminación, que además informa y conforma el derecho a la igualdad ante la ley.

El caso Niñas Yean y Bosico *vs.* República Dominicana. La Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. En consideración del deber del Estado de otorgar la nacionalidad a quienes nacieron en su territorio, como niñas dominicanas de ascendencia haitiana, pudieran acudir al procedimiento de inspección tardía en condiciones de igualdad y no discriminación y ejercer y gozar en plenitud su derecho a la nacionalidad dominicana.

El caso Masacre de Mapiripán *vs.* Colombia. En relación con esa situación de desigualdad, es pertinente recordar que existe un vínculo indisoluble entre las obligaciones *erga omnes* de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación, el cual posee carácter de *jus cogens* y es fundamental para la salvaguarda de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno e impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones.

El caso López Álvarez *vs.* Honduras. La Corte ha reiterado que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no

discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Además, los Estados deben combatir prácticas discriminatorias y adoptar las medidas necesarias para asegurar una efectiva igualdad de todas las personas ante la ley.

El caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay. Es deber del Estado procurar los medios y condiciones jurídicos en general, para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares. En especial, el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginación y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley.

El caso Penal Miguel Castro Castro *vs.* Perú. En pronunciamiento acerca de la igualdad ante la ley, la Corte ha dejado claramente establecido que el principio de igualdad y no discriminación no sufre lesión o merma cuando se brinda trato diferente a personas cuya situación lo justifica, precisamente para colocarse en posición de ejercer verdaderamente los derechos y aprovechar auténticamente las garantías que la ley reconoce a todas las personas. La desigualdad real, la marginación, la vulnerabilidad, la debilidad, deben ser compensadas con medidas razonables y suficientes, que generen o auspicien, en la mayor medida posible, condiciones de igualdad y ahuyenten la discriminación.

El caso Pueblo Saramaka *vs.* Suriname. El Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley. En conclusión, el pueblo Saramaka es una entidad tribal distinta que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, tanto respecto del Estado así como de terceras partes privadas, en tanto que carecen de capacidad jurídica para gozar, colectivamente, del derecho a la propiedad y para reclamar la presunta violación de dicho derecho ante los tribunales internos. La Corte considera que el Estado debe reconocer a los integrantes del pueblo Saramaka dicha capacidad para ejercer plenamente estos derechos de manera colectiva. El pueblo Saramaka, con pleno respeto a sus costumbres y tradiciones, y con objeto de asegurar el uso y goce de su territorio de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como del derecho de acceso a la justicia e igualdad ante la ley.

En general, se puede inferir que el derecho fundamental de la igualdad, que ha ido construyendo la Corte en sus precedentes, ha protegido la igualdad ante la ley, el principio de protección igualitaria y efectiva de la ley de la no discriminación, el principio de derecho imperativo de protección igualitaria. Todos ellos han implicado que los Estados sometidos a la jurisdicción de la Corte se obliguen a no tener normas de desigualdad y, en consecuencia, de discriminación; a grupos, individuos por cuestión de lengua, raza o género, y de realizar todas las medidas necesarias para construir la igualdad, no solo formal, sino material, de la igualdad ante la ley.

Isidro Mendoza García

Derecho de la educación

La educación es un derecho humano fundamental del que nadie puede ser excluido, y que conduce a la realización de otros derechos. El derecho a la educación se puede entender como la función pública ineludible del Estado, de otorgar enseñanza accesible, obligatoria, general y gratuita, al menos en las etapas elementales o fundamentales, a toda persona (menor o adulta) que le permita adquirir conocimientos y alcanzar el pleno desarrollo de su persona, así como el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales. Al respecto, se debe señalar que la desigualdad en la educación es extrema, ya que dos tercios de los 781 millones de adultos analfabetos del mundo son mujeres. El derecho de la educación se puede entender como el conjunto de normas que regulan la formación de toda persona.

Del art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se pueden desprender algunos elementos que deben caracterizar el derecho de toda persona a la educación, la cual debe ser gratuita y obligatoria, al menos en la enseñanza primaria; por su parte, la educación secundaria, media superior y profesional debe ser generalizada y accesible a todos, y procurarse la gratuidad de la misma; fomentar la libertad de enseñanza; orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su obra hacia la dignidad, y fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales; capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre; favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, así como promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz, y finalmente, procurar la educación para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria.

En materia internacional, los primeros antecedentes del derecho a la educación se encuentran en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, de 1789, pero fue en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), donde se estableció que toda persona tiene derecho a la educación. Otros instrumentos, declaraciones y proyectos internacionales y regionales que se refieren al derecho a la educación son: 1960. Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (en donde se señala la igualdad de oportunidades y trato en la educación, así como interrumpir cualquier práctica que implique discriminación en la educación). 1966. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1979. Declaración de México en el marco de la Conferencia Regional de Ministros de Educación y de Ministros encargados de la Planificación Económica de los Estados miembros de América Latina y El Caribe convocada por la UNESCO (cuyo propósito es ofrecer una educación general mínima de ocho a 10 años y tener como meta incorporar a todos los niños en edad escolar antes de 1999, adoptar una política decidida para eliminar el analfabetismo antes del fin del siglo y ampliar los servicios educativos para los adultos; dedicar presupuestos gradualmente mayores a la educación, hasta destinar no menos del 7 u 8% de su producto nacional bruto a la educación, con objeto de

superar el rezago existente y permitir que la educación contribuya plenamente al desarrollo y se convierta en su motor principal). 1989. Convención sobre los Derechos del Niño (disponibilidad y accesibilidad de la educación para todos los niños). 1990. Declaración Mundial de Educación para Todos (necesidades básicas de aprendizaje, calidad y equidad). 2000. Informe Mundial de la Educación de UNESCO: El derecho a la educación: hacia una educación para todos a lo largo de la vida (empleabilidad; es decir, educación para todos a lo largo de la vida). 2000. Marco de Acción de Dakar (la educación es elemento clave del desarrollo sostenible y de la paz, así como un medio de participación en los sistemas sociales y económicos). 2007. Proyecto Regional de Educación para América Latina y El Caribe: Educación de Calidad para Todos: un asunto de derechos humanos (empleabilidad). 2007: Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (derechos colectivos, culturales e identidad; derecho a la salud, la educación y el empleo; combatir la discriminación y el racismo, así como oportunidades de aprendizaje en sus propias lenguas).

En la historia constitucional mexicana se ha considerado a la educación como una de las funciones públicas esenciales del Estado contemporáneo, y en consecuencia una obligación inexcusable del Estado. Desde la apertura del Congreso de Chilpancingo del 14 de septiembre de 1813, José María Morelos en su documento denominado *Sentimientos de la Nación*, en el punto 12, decía "Que como la buena ley es superior a todo hombre, las que dicte nuestro Congreso deben ser tales que obliguen a constancia y patriotismo, moderen la opulencia e indigencia, y de tal suerte se aumente el jornal del pobre, que mejore sus costumbres, *aleje la ignorancia*, la rapiña y el hurto". Los *Sentimientos de la Nación* consideraron a la educación como un instrumento indispensable del naciente Estado mexicano. Posteriormente, el art. 39 de la Constitución de Apatzingán señaló: "La instrucción, como necesaria a todos los ciudadanos, debe ser favorecida por la sociedad con todo su poder".

Por su parte, el art. 50 de la Constitución de 1824 otorgó facultades exclusivas al Congreso General para promover la educación creando "…establecimientos en que se enseñen las ciencias naturales y exactas, políticas y morales, nobles artes y lenguas". Lo anterior, sin perjuicio de la libertad de las legislaturas de los estados para la regulación de la educación en sus territorios. A su vez, la Constitución de 1857, en su artículo 3o. señaló que "La enseñanza es libre". Durante las discusiones en el Congreso Constituyente de 1857, Ignacio Ramírez comentó que lo anterior era un corolario de la libertad de pensamiento, y Ponciano Arriaga sostuvo que también lo era de la libertad de cultos.

En el Congreso Constituyente de 1917 la discusión del art. 3o. produjo una intensa polémica. Al respecto, Francisco Múgica expresó: "estamos en el momento más solemne de la Revolución". El resultado fue que el artículo 3o. de la Constitución de 1917 condensó una nueva idea del Estado en México: la secularidad. Aunque en 1857 se logró vencer la inercia religiosa de siglos, el art. tercero solo señaló que "La enseñanza es libre"; sesenta años más tarde, se agregó que la educación impartida en los establecimientos oficiales y la ofrecida por particulares en sus diferentes niveles sería laica. Además, se prohibía

que las corporaciones religiosas establecieran o dirigieran escuelas primarias, y se introdujo el derecho del Estado a supervisar el funcionamiento de todos los centros educativos.

En 1934, ese precepto fue reformado para introducir el principio de la educación socialista, medida adoptada un lustro después de haber concluido el conflicto *cristero*. Muchas fueron las tensiones generadas, porque planteaba una contradicción dentro del sistema constitucional, e implicaba una cuestión que dividía a la sociedad. En 1946 el precepto fue reformado una vez más. El principio socialista cedió su lugar al principio democrático. La democracia fue considerada como una estructura jurídica, como un régimen político y como "un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo".

La reforma de 1946 también introdujo un gran cambio en materia de enseñanza gratuita. El texto de 1917 establecía la gratuidad de la enseñanza primaria. La reforma de 1934 adicionó su obligatoriedad, y a partir de 1946 el derecho a la educación gratuita se extendió a todos los niveles de la educación impartida por el Estado. Recientemente, la reforma constitucional del 9 de febrero del 2012 extiende la obligatoriedad de la educación hasta la enseñanza media superior: "Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado —Federación, Estados, Distrito Federal y Municipios—, impartirá educación preescolar, primaria, secundaria y media superior. La educación preescolar, primaria y secundaria conforman la educación básica; ésta y la media superior serán obligatorias". Del art. tercero constitucional se desprende que la educación debe ser obligatoria, gratuita, laica y de calidad. Además, se señala que "La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia". En la Constitución, además del art. 3o, se alude a la educación en los arts. 2o., 4o., 18, 31, frac. I, 41, y 73, frac. XXV y 123 constitucionales.

En el art. 2o. constitucional se señala que las autoridades federales, estatales y municipales tienen la obligación de garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior para los pueblos y comunidades indígenas.

El art. 4o constitucional otorga a la niñez el derecho a satisfacer sus necesidades de educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. En materia de readaptación social, el art. 18 constitucional establece que el sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley.

Por su parte, el art. 31 constitucional, frac. I, establece la obligación de los mexicanos de hacer que sus hijos o pupilos concurran a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación preescolar, primaria y secundaria, y reciban la militar. En materia política, el art. 41 constitucional se refiere a la educación cívica. En el art. 73 constitucional, frac. XXV, faculta al Congreso

para establecer, organizar y sostener en toda la República escuelas rurales, elementales, superiores, secundarias y profesionales; de investigación científica, de bellas artes y de enseñanza técnica, escuelas prácticas de agricultura y de minería, de artes y oficios; también para erigir museos, bibliotecas, observatorios y demás institutos concernientes a la cultura general de los habitantes de la nación, y legislar en todo lo que se refiere a dichas instituciones. El Congreso puede asimismo dictar leyes encaminadas a distribuir convenientemente entre la Federación, los estados y los municipios el ejercicio de la función educativa, buscando unificar y coordinar la educación en toda la República, de donde ha resultado la Ley General de Educación.

Las fracciones XII y XXXI del apartado A del art. 123 constitucional establecen las bases para la capacitación y adiestramiento. Al respecto, debe destacarse la reforma constitucional y legal de 1978, en materia de capacitación y adiestramiento en el trabajo (formación profesional) caracterizada por su originalidad, al señalar el vínculo necesario entre la escuela y el trabajo. Desde entonces la formación profesional es vista como una de las formas en que se actualiza el derecho a la educación.

Destacan también las recientes reformas constitucionales, del 26 de febrero de 2013, a los art. 3o., en sus fracs. III, VII y VIII: y 73, frac. XXV y la adicción de un párrafo tercero, un inciso d) al párrafo segundo de la frac. II y una frac. IX al art. 3o. de la Constitución. Reformas que buscan garantizar la calidad en la educación obligatoria; que el ingreso al servicio docente y la promoción a cargos en la educación básica y media superior que imparta el Estado se llevará a cabo mediante concursos de oposición; garantizar la prestación de la calidad educativa a través de la creación de un Sistema Nacional y un Instituto para la Evaluación Educativa, y facultan al Congreso de la Unión para establecer el Servicio Profesional Docente. Reformas constitucionales que se han manifestado en el mismo 2013, en reformas a la Ley General de Educación (para crear el Sistema de Información y Gestión Educativa, además de impulsar las escuelas de tiempo completo y facultar a la Secretaría de Educación Pública para que en las escuelas haya alimentos nutritivos); la Ley del Instituto Nacional para la Evaluación Educativa (que implica la creación del organismo público autónomo que emitirá lineamientos para las autoridades educativas para realizar las funciones de evaluación) y la creación de la Ley General del Servicio Profesional Docente (que contempla la existencia y concursos y evaluaciones periódicas para el ingreso, permanencia y promoción de los docentes).

Las anteriores leyes tienen por objeto la mejora de la calidad de la educación, concursos para ingresar como docente y evaluar su la labor. Sin embargo, existen algunas dudas; si se está confundiendo en la legislación la evaluación educativa con el establecimiento de nuevas condiciones de trabajo (se incluyen por ejemplo nuevas causales de separación para el docente). Asimismo, existen algunas regulaciones que ya no dejan ver a los trabajadores docentes como tales, sino como colaboradores del Estado o sujetos administrativos para los cuales la estabilidad en el empleo no tiene lugar en la nueva legislación.

Alfredo Sánchez-Castañeda

Derecho de los niños a la participación

El derecho de los niños, niñas y adolescentes a la participación encuentra su fundamento en el derecho de acceso a la justicia y en el principio de no discriminación. Este derecho está explícitamente reconocido en las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos (2005/20), aprobadas por el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas. Se ha desarrollado a partir del derecho de todos los niños a ser escuchados, consagrado en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, "la Convención").

Esta prerrogativa consiste en el derecho de todo niño, niña o adolescente a expresar sus opiniones libremente y en sus propias palabras, además de contribuir en las decisiones que le afecten, incluidas las adoptadas dentro de cualquier procedimiento judicial. Subsecuentemente, sus puntos de vista deberán ser tomados en consideración según su edad, madurez y la evaluación de sus capacidades.

El Comité sobre los Derechos del Niño (órgano facultado para la interpretación de la Convención) señaló, en la Observación general 12 (2009), que el art. 12, párrafo primero de dicho instrumento, refleja la condición jurídica y social de la persona menor de edad, quien por un lado carece de la plena autonomía del adulto, pero por el otro es sujeto de derechos. Según el Comité, el derecho de todos los niños a ser escuchados es uno de los cuatro principios de la Convención, y que el mismo debe tomarse en cuenta para la interpretación y respeto de todos los demás derechos. El mismo numeral pone en manifiesto que el niño tiene derechos que no están únicamente basados en su vulnerabilidad o dependencia de los adultos. De esto se deriva la expresión "tres pes" en relación con la Convención: provisión, protección y participación.

Asimismo, en esta observación general, el Comité distinguió entre la esfera individual y colectiva del derecho a ser escuchado. La esfera individual comprende el derecho de cada niño, y la social es aplicable a un grupo de niños; por ejemplo, niños migrantes, niños de un país o niños con discapacidades.

El art. 12 de la Convención establece que se deberá garantizar el derecho a la participación del niño "que esté en condiciones de formarse un juicio propio"; este criterio no debe verse como una limitación, sino como una obligación del Estado de evaluar las capacidades de la persona menor de edad para formarse su propia opinión. La Convención no establece una edad para el ejercicio de este derecho, sino que se debe atender a las características propias de la infancia. Esta aseveración se basa en los resultados de estudios que han demostrado que los niños pueden formarse una opinión aun cuando no la puedan expresar verbalmente, por lo que otros medios de expresión toman importancia, como el juego, la expresión corporal, el dibujo, etc.

Respecto a las cuestiones sobre las que se deben tomar en cuenta las opiniones del niño, niña y adolescente, la Convención establece de manera amplia "en todos los asuntos que afecten al niño". Ello también implica los asuntos sociales y comunitarios.

Además, las opiniones del niño se deben tomar en cuenta; no es suficiente únicamente escucharlas, sino también considerarlas seriamente con base en la

capacidad del menor de edad. La edad no es criterio para determinar la trascendencia de las opiniones del niño. El desarrollo personal de los niños, niñas y adolescentes se ve marcado por sus experiencias, entorno social y cultural. Por ello, sus opiniones tienen que evaluarse por medio del examen caso por caso. Asimismo, las facultades de la persona menor de edad pueden variar dependiendo del derecho a ejercerse, por lo que el nivel de protección, participación y oportunidades variará en la toma de decisiones. Todos los niños son capaces de expresar su opinión, sin importar su edad o sus capacidades cognitivas; sin embargo, cuando se tomen en cuenta sus opiniones se deberá "aplicar un umbral de competencia más elevado". En cuanto más mayor de edad y de capacidad es el niño, más se debe tomar en cuenta su opinión. Para ello se han identificado cuatro niveles de participación en el proceso decisivo: 1) ser informado; 2) expresar una opinión informada; 3) lograr que dicha opinión sea tomada en cuenta; 4) ser el principal responsable o corresponsable de la toma de decisiones. Consecuentemente, los adultos son quienes toman la decisión, pero con influencia de las opiniones del niño.

El derecho a la participación del niño consagrado en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de los Niños establece que el niño debe ser escuchado dentro de los procedimientos judiciales o administrativos que lo afecten. Por ejemplo, en procedimientos de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica. El entorno para garantizar la participación del niño no debe ser hostil, intimidatorio, insensible o inadecuado para su edad. Según el Comité, se debe prestar especial atención al suministro y transmisión de información adaptada a los niños, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas.

En conclusión, el derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes es un derecho absoluto, ya que parte del supuesto de autonomía de todos los individuos, independientemente de su madurez física o biológica, que si bien se debe evaluar caso por caso la capacidad del sujeto para expresar su opinión. Todos los derechos incluidos en la Convención son válidos para cualquier niño, independientemente de sus facultades.

Carlos Pérez Vázquez

Derecho de protección subsidiaria o complementaria

Es el derecho de toda persona a obtener protección internacional, de forma complementaría o subsidiaria al derecho de asilo y de refugio. Se refiere a ciertos mecanismos legales de configuración nacional, alentados y fundamentados por el desarrollo de los derechos humanos de fuente nacional e internacional, para proteger a las personas que no son reconocidas como refugiadas, en virtud de la interpretación que hacen los Estados sobre la definición de "refugiado", de la Convención de Ginebra de 1951, y tampoco son acreedoras del derecho de asilo según los criterios nacionales; sin embargo, en forma pragmática se encuentran amenazadas en razón de la violencia indiscrimina-

da, de la violación sistemática de los derechos humanos, de catástrofes naturales o ecológicas —causadas o no por el hombre—, entre otras razones, que pongan en situación de riesgo la vida o de sufrir tratos crueles inhumanos y degradantes.

Consiste esencialmente en la no devolución o expulsión al país de origen, del territorio del lugar donde antes se tuviera la residencia habitual, en el cual persista una situación de riesgo que provoque temores fundados de sufrir persecución (entendida ésta como el temor a sufrir daños graves y personales, físicos o psicológicos), en forma consecuente con los principios de derecho internacional consuetudinario de (*non refoulement*) y de proteger la vida.

Los beneficiarios de la protección complementaria o subsidiaria, por lo general tienen acceso a los derechos humanos considerados fundamentales por los Estados en su sistema jurídico interno, así como a un permiso de residencia, que suele ser inferior en tiempo al permiso de residencia que se otorga en virtud del estatuto de refugiado o del estatuto de asilado (incluso este último en algunos países prevé vías muy accesibles para adquisición de la nacionalidad); por tanto, debe distinguirse claramente de otras formas de protección internacional que puedan otorgar una condición de asentamiento definitiva.

El estatuto de protección subsidiaria o complementaria viene a suplir en cierta forma las carencias de los distintos sistemas de asilo y refugio; sin embargo no debe entenderse en detrimento de dichos estatutos, ya que no los sustituye, sino que tal y como recomendó el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (*vid*. las conclusiones sobre "protección internacional mediante formas complementarias de protección", del Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado. EC/55/SC/CRP.16, 2 de junio 2005), debe quedar abierta la posibilidad de que toda persona en situación de protección subsidiaria o complementaria pueda ser reconocida posteriormente como un refugiado o asilado.

El comentado estatuto carece de un marco internacionalista especializado que establezca criterios mínimos de aplicación, por lo que en algunos Estados es regulado análogamente con el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado a asilado (*vid*. la ley mexicana sobre Refugiados y Protección Complementaria, *DOF*, 27/01/2011; la Ley española 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, *BOE* 263 31/10/2009).

Cabe comentar que en gran medida los desplazamientos masivos de personas ocurridos en la primera década del siglo XXI han encontrado un primer cobijo en la figura de la protección subsidiaria o complementaria, cuando escapan del ámbito de aplicación de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados; sin embargo, esto debe entenderse como una solución temporal, que sin voluntad política de regulación internacional provocará un desarrollo normativo de carácter nacional desemejante, desequilibrado y perjudicial para los Estados receptores más recurridos (que suelen ser aquellos en vías de desarrollo), tanto para los propios destinatarios de la protección complementaria o subsidiaria.

Carlos Alberto Prieto Godoy

Derecho de réplica

El derecho de réplica es la prerrogativa de toda persona para que se inserte su declaración cuando haya sido mencionada en una nota periodística, siempre que esa información sea inexacta en su perjuicio o afecte su derecho al honor, a la vida privada o a la propia imagen. Esta institución jurídica es de vieja data en el derecho comparado. Distintos autores coinciden en que el origen de esta figura se ubica en una iniciativa de ley presentada por el diputado francés J. A. Dulaure, en 1795, que finalmente no prosperó, para el "establecimiento de la libertad de prensa y la represión de los abusos".

Más tarde, en Francia se establecería el derecho de réplica en la Ley del 29 de julio de 1881 (arts. 13 y 13-1), y de ahí en buena parte de las democracias se ha legislado con mayor o menor profundidad. El derecho de réplica fue combatido severamente en sus inicios en el hemisferio por las asociaciones de propietarios de medios, quienes consideraban que esta prerrogativa restringía el ejercicio de la libertad de expresión. Esta postura, sin embargo, ha sido matizada hoy en día por el replanteamiento del papel de los medios, habida cuenta que al igual que muchas instituciones sociales pasan por un periodo de reconstrucción de su credibilidad social. El derecho de réplica juega un papel de importancia capital entre los medios y el público, toda vez que su propia naturaleza hace que tenga un papel preventivo y eficaz para reparar inicialmente el honor lesionado con motivo de imputaciones formuladas a través de un medio de comunicación

El derecho de réplica se conoce en otros sistemas normativos como derecho de respuesta o derecho de rectificación. En México, el Poder reformador de la Constitución introdujo una adición al art. 6o., creando la figura del derecho de réplica en 2007. Es adecuada la terminología utilizada como "derecho de réplica" y "no rectificación" o "respuesta", como se ha reconocido en distintos ordenamientos. Existen, por supuesto, razones para que explican el porqué es correcto el vocablo utilizado En efecto, si se analizan los vocablos "respuesta", "rectificación" o "réplica", conforme al *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia, se puede observar que rectificación incluye la posibilidad de "contradecir a alguien en lo que ha dicho, por considerarlo erróneo", pero también de que el periodista o comunicador modifique "la propia opinión que se ha expuesto antes". Por su parte, el vocablo "respuesta" admite varias definiciones, entre ellas la "satisfacción a una pregunta, duda o dificultad", o bien la "réplica, refutación o contradicción de lo que alguien dice". La noción de "réplica" es más precisa para delimitar esta figura jurídica, pues se define como "expresión, argumento o discurso con que se replica". En el ámbito jurídico, sostiene el mismo *Diccionario de la Lengua Española*, significa el "segundo escrito del actor en el juicio de mayor cuantía para impugnar la contestación y la reconvención, si la hubo, y fijar los puntos litigiosos".

Este derecho representa el primer instrumento con que cuenta el gobernado para acceder a los medios de comunicación a fin de hacer valer sus puntos de vista sobre hechos que lesionen sus garantías públicas. Este derecho tiene como características las siguientes: a) constituye una vía inmediata, de carácter extrajudicial, que habilita al particular para defender su honor o imagen afectadas por información inexacta, equivocada o injuriosa, mediante

la difusión de las precisiones o correcciones pertinentes, en el medio en que se originó la controversia; b) Representa un vehículo de comunicación entre emisores y receptores, que fomenta la veracidad en la información que transmiten los medios de comunicación a la opinión pública; c) Ofrece a la sociedad civil distintas posturas y puntos de vista sobre hechos controvertidos, lo que le brinda mayores elementos de juicio sobre temáticas de interés general.

La regulación del derecho de réplica debe contener al menos los siguientes elementos:

I. Titular del derecho. El derecho debe incluir sin distinción a toda persona, sin importar si se trata de una persona física o jurídica. Así lo establecen las distintas convenciones al referirse a la palabra "persona". A mayor abundamiento, esta postura ha sido interpretada por la clásica resolución (74) 26 sobre derecho de réplica adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 2 de julio de 1974, de cuyas posturas abrevó tiempo después la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

II. Informaciones y opiniones. El derecho de réplica debe proceder como regla general en el caso de informaciones difundidas en perjuicio de quien puede ejercer el derecho de réplica, como dispone el art. 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y reiterado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-7/86, del 29 de agosto de 1986. De manera complementaria, tratándose de opiniones basadas en hechos o datos incorrectos, debe proceder también el derecho de réplica. De la misma forma, hay que considerar que la fotografía o la imagen constituyen una referencia a la persona, aunque a simple vista pareciera no replicable (pese a que aquélla pudiera afectar la intimidad o se haya obtenido contra la voluntad del implicado, en este caso operaría la acción judicial para resarcir el daño moral provocado); pero si la fotografía se edita y refleja una escena que nunca existió, es posible ejercer el derecho de réplica. La réplica no debería proceder en el caso de opiniones injuriosas por sí mismas, pues si bien es verdad que lastiman el derecho al honor, a la vida privada o a la propia imagen, la reparación debe buscarse a través de las herramientas legales que protegen la lesión de estos derechos.

III. Extensión de la réplica. En la experiencia comparada no hay una respuesta unívoca sobre la extensión máxima de la información replicada. En algunos casos se establecen máximos de dos o tres veces el texto impugnado. Quizá sea posible mantener esa regla, pero dejando abierta la posibilidad para que la extensión pueda ampliarse de manera razonable cuando por la naturaleza de la información replicada no pueda ajustarse a la extensión habitual.

IV. Características de la réplica. La réplica no debe limitarse a determinados medios, sino debe permitirse su ejercicio ante cualquier medio existente o por existir. Debe limitarse solo a aclarar o responder los datos incompletos o falsos. De no ser así, habría una serie de intercambios de puntos de vista que desnaturalizaría la naturaleza de este derecho, y podría menoscabar el ejercicio de la libertad de expresión. Debe hacerse sin frases injuriosas contra quien se replica o contra un tercero. El principio es claro: no puede ejercerse un derecho humano mediante la lesión de los derechos de

los demás. Debe ser difundida con características similares a la información controvertida. Es entendible que debe primar el principio de proporcionalidad para generar un equilibrio entre la nota replicada y la réplica en la percepción del público y en la satisfacción del propósito del derecho. Y, por supuesto, debe hacerse solo por quien tiene interés jurídico para invocar y ejercer este derecho.

V. Prescripción del derecho. En la experiencia comparada no hay un plazo universal para que prescriba este derecho. Es lógico que por la propia naturaleza de esta figura jurídica, que tiene en el sentido de oportunidad su eficacia y razón de ser, debe ejercerse en el menor tiempo que sea razonablemente posible. En todo caso, debe realizarse un adecuado estudio para establecer una regla general y admitir excepciones razonables, tratándose de un derecho humano fundamental, y tomando en cuenta que la persona perjudicada será la primera interesada en que su réplica sea difundida.

VI. Sanciones. El rechazo injustificado de un medio para que una persona ejerza su derecho de réplica debe dar lugar a un juicio sumarísimo ante la autoridad competente que pueda aplicar sanciones y ordenar simultáneamente medidas cautelares para que este derecho sea eficaz. Hay que tener en claro que la réplica del afectado no sustituye ni exime de las responsabilidades legales a que hubiera lugar en materia civil o penal, aunque sí pueden constituir atenuantes de responsabilidad a juicio del juzgador.

Ernesto Villanueva

Derecho del refugiado

Es el derecho a obtener refugio y protección, configurado en el orden internacional por instrumentos jurídicos y normas consuetudinarias. Es reconocido y regulado por los Estados en su derecho interno, a toda persona objeto de persecución por razón de la raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas. No obstante, en amplio sentido suele ser admitido en distintas regiones o por organismos internacionales, por violencia indiscriminada, violación sistemática de los derechos humanos, cuestiones climáticas o por causa del hambre, entre otras circunstancias que de facto puedan dar lugar a una situación menesterosa en el país de origen o donde antes tuviera su residencia habitual; que tales circunstancias le generen un temor fundado por el cual no pueda o no quiera regresar a dicho lugar. El derecho del refugiado consiste fundamentalmente en la no devolución al país de origen u otro Estado donde su vida o su integridad se pongan en peligro, además del disfrute de diversos derechos en el país receptor, lo que suele ser más o menos generoso en cada país.

Es oportuno aclarar la estrecha relación que existe entre el asilo y el refugio, ya que en la dialéctica construida en el derecho internacional respecto de estos conceptos es común encontrar dificultades de comprensión.

De tal manera que el derecho de asilo consiste en la protección que otorga facultativamente el Estado soberano en su territorio, y es de configuración nacional, situación que para un sector doctrinal importante, en voz del profesor Diego López Garrido (*El derecho de asilo*), se hace muy discutible la concepción

del asilo como un verdadero derecho subjetivo. Mientras que la figura del *refugio* es una institución regulada y definida en un marco jurídico internacional, el Convenio de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo adicional, firmado en Nueva York en 1967, del que se derivan diversas obligaciones para los Estados signatarios, otorga un estatus similar al asilo, que por lo general es más limitado en tiempo y en contenido de derechos una vez dentro del país anfitrión.

En distintos instrumentos legales de la región de América Latina, el asilo y el refugio se han entendido en cierta medida como sinónimos. De esta forma, se puede ver en los tratados de Montevideo de 1889 (art. 16) y de 1939 (del art. 11-14) sobre Asilo y Refugio Políticos; en el Convenio de La Habana de 1928 (art. 1), y en el Convenio de Caracas de 1954, en que se entiende como una misma cosa el asilo y el refugio (art. 9).

La Convención de Ginebra 1951 no regula el derecho de asilo territorial, y únicamente menciona al asilo en el preámbulo, en lo conducente al "principio de la solidaridad internacional", respecto de la situación de sobrecarga de solicitudes de asilo o refugio en un Estado miembro. Así, en el sistema de Naciones Unidas vemos que el asilo ha tenido su regulación específica como una institución distinta al refugio en la Declaración sobre Asilo Territorial, del 14 de diciembre de 1967.

Por su parte, en Europa no existe un marco jurídico regional *ad hoc* sobre refugio o asilo; sin embargo, la normativa de la Unión Europea ha ejercido notable influencia en el derecho interno de los Estados hacia la concepción del asilo como sinónimo del refugio, obligando a modificar o crear nuevas leyes de asilo nacionales.

Por ejemplo, el caso español, en la Ley 5/198, establecía dos títulos: uno relativo al derecho de asilo, y otro a la condición de refugiado, en donde se regulaban por separado las condiciones específicas de ambos estatutos, escenario que se modificó con la ley 9/1994, del 19 de mayo, con marcada influencia comunitaria, en la que se suprimió el título segundo, relativo a la condición de refugiado, unificando dichos conceptos, a fin, según su exposición de motivos, de evitar confusiones y abusos. Dicha norma define al asilo como "la protección dispensada a los extranjeros a los que se reconozca la condición de refugiado y que consiste en su no devolución ni expulsión en los términos del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951" (art. 2.1).

En este caso, el reconocimiento de la condición de refugiado es condicionante del otorgamiento del derecho de asilo, consolidando un sinónimo de facto. Sin perjuicio de lo anterior, algunos Estados comunitarios han otorgado protección a personas que escapaban de la definición de la Convención Ginebrina, y que por tanto no son refugiadas en sentido estricto; sin embargo, son consideradas "refugiadas de facto"; es decir, acogidas en el ejercicio de la soberanía, tal y como sucede con el derecho de asilo territorial.

Cabe señalar que el derecho del refugiado ha tenido un desarrollo heterogéneo en algunas regiones, como la africana y la latinoamericana, donde se han adoptado textos jurídicos con definiciones más amplias, que destacan

en ese sentido por contemplar nuevos motivos que dan lugar a una persecución, lo que en opinión de un sector doctrinal importante debería hacer el Convenio de 1951 y su Protocolo de 1967. Sin embargo, se entiende incluso por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, que las comentadas definiciones son de índole peculiar, en tanto que atienden cuestiones sobre refugiados a la luz de las circunstancias de cada zona geográfica específica.

En este sentido, la Convención de la Organización de la Unidad Africana de 1969, en su definición de refugiado, reproduce el art. 1, párrafo 1, de la Convención de Ginebra de 1951, que únicamente reconoce la condición de refugiado por sufrir persecución en razón de la raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas y pertenencia a determinado grupo social. Sin embargo, en su segundo párrafo reconoce también como refugiado a toda persona que a causa de una agresión exterior, una ocupación o dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben el orden público, en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, se vean obligados a huir, lo cual constituye una definición más amplia, en la que no se requiere del elemento de la persecución discriminada.

En Latinoamérica, la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, de noviembre de 1984, también contiene una definición más generosa respecto del Convenio de Ginebra de 1951. De tal modo, se considera refugiada a toda persona que ha huido de su país porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extrajera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

En la actualidad, el desarrollo disímil y más realista sobre la regulación del derecho del refugiado en los sistemas regionales de protección de derechos humanos, e incluso en algunos sistemas jurídicos nacionales, sugiere cierta obsolescencia del marco internacionalista clásico de Naciones Unidas en dos sentidos, a saber: primero, por dejar fuera de su definición a distintos colectivos de personas que requieren de protección internacional; segundo, por permitir que los Estados miembros realicen exámenes de reconocimiento de la condición de refugiado en extremo rigurosos, exigiendo estrictamente experiencias personales de persecución e imponiendo una excesiva carga de la prueba al solicitante.

Carlos Alberto Prieto Godoy

Derecho hispanoindiano

Cuando escuchamos hablar del término "derecho hispanoindiano" puede resultarnos algo simple, pero entender y comprender el abismo que representaba para los naturales de las indias españolas —América, Asia y Oceanía—, el derecho impuesto por la monarquía a principios del siglo XVI, nos resulta impensable. A lo que en realidad nos referimos los historiadores del derecho al acuñar este término no es más que a la herencia jurídica con diversas implicaciones sociales, económicas, políticas y religiosas que representó, en el caso específico de América, la fusión e implementación de las disposiciones

normativas que serían piedra angular y primera para la organización y funcionamiento de esos territorios, y que con el paso del tiempo se fue perfeccionando a manera de hacer más práctica y segura la protección de los actores principales: la Corona y los indios.

Las disposiciones jurídicas adoptadas expresamente para su aplicación en el territorio de la América española son primordialmente de tradición castellana a falta de disposiciones especiales; y muy a pesar de que la Corona española tenía la influencia tanto de Aragón por el rey Fernando II como de Castilla por la reina Isabel I, esta última aportó la mayor tradición jurídica que conservamos hasta nuestros días.

De esta forma, el derecho hispanoindiano se encuentra compuesto por las instituciones del derecho castellano y por diversas costumbres indígenas. Bajo este tenor, es importante destacar que esta tradición jurídica aplicada en el territorio de las indias se trató de adaptar lo mejor posible al derecho peninsular, y era primordialmente de tradición casuística, a fin de procurar una solución justa para cada situación concreta, y preferentemente aplicable, dependiendo de la región de la que se tratara, y, por supuesto, dotadas de un amplio sentido religioso, ya que a través de la evangelización de los indios se lograban mejores resultados al momento de aplicar las disposiciones legales; claro ejemplo de ello son las congregaciones o reducciones de pueblos en la Nueva España, con las que se logró —como su nombre lo indica— congregar a los indios en territorios menos accidentados y más llanos, que les permitiera a los funcionarios indianos y evangelizadores tener acceso y control para la recaudación de impuestos y la introducción a la vida católica de los nativos.

Diversas fueron las fuentes jurídicas de las que se nutrió el derechos hispanoindiano; entre ellas se encuentran: 1) las capitulaciones, que eran los acuerdos de derecho público celebrados entre la Corona y un particular, por el cual la primera concedía su permiso para llevar a cabo la realización de un fin determinado a cargo del segundo, en las cuales la Corona otorgaba mercedes específicas condicionadas al buen éxito de la empresa; 2) las instrucciones, que eran disposiciones expedidas por el Consejo de Indias, y que establecían jurídicamente mandatos; 3) la compilación de disposiciones dictadas por las audiencias; 4) el fallo de los tribunales constituido como jurisprudencia; 5) las costumbres de derecho indígena que no contravinieran lo antes establecido por el derecho español, así como 6) la literatura jurídica elaborada por los expertos en derecho.

De ahí que la importancia que representa para el estudio del derecho procesal constitucional la tradición jurídica de nuestro sistema vigente se encuentra comprendida dentro de la realidad del fenómeno histórico-social de las instituciones del derecho hispano-indiano. Solo por mencionar algún caso a manera de ejemplo, se encuentra el antecedente del juicio de amparo en los recursos interpuestos ante la Gran Audiencia de México y el recurso de nulidad por injusticia notoria, de la que varios iushistoriadores han abordado en diversas obras.

Mariana Durán Márquez

Derecho indígena

El derecho indígena es el conjunto de normas reconocidas por los pueblos originarios de México para regular las relaciones entre sus miembros y su entorno natural, cuya observancia es coactiva. Estas normas se caracterizan por ser, preponderantemente, orales y consuetudinarias. El derecho escrito deriva de la ley; el derecho consuetudinario indígena deriva de la costumbre.

Se suele nombrar también como "derecho indígena" al conjunto de normas que el Estado (a nivel nacional o internacional) reconoce en relación con los pueblos indígenas que habitan en su territorio, donde se incluye la regulación a los sistemas normativos internos de los indígenas.

Los sistemas normativos de los pueblos indígenas han vivido, históricamente, en un contexto de colonialismo jurídico. El imperio azteca, el imperio español y el sistema republicano mexicano decidieron respetarlos siempre y cuando no violaran las normas establecidas por ellos.

Los aztecas respetaron los sistemas normativos indígenas cuando no pusieran en riesgo su control; los españoles respetaron los "usos y costumbres" indígenas siempre que no fueran en contra de las normas de Castilla ni en contra de la moral cristiana (los llamaron *fueros*), y el sistema jurídico mexicano reconoce la existencia en su seno del derecho indígena si respeta los derechos humanos vigentes. Este último caso, si bien sigue el esquema de un integracionismo jurídico estatal, ha sido no ya el producto de una imposición, sino de la aceptación voluntaria (producto de una negociación) entre los indígenas (catalizados por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional) y el Estado mexicano (reforma constitucional al art. segundo, de 2001).

La doctrina no se ha puesto de acuerdo en nombrar al derecho indígena: se le suele llamar *usos y costumbres, costumbre jurídica*, *derecho consuetudinario* o *sistemas normativos*. A pesar de esta falta de consenso, lo que sí se ha logrado es que haya un acuerdo en considerar que la concepción y práctica del orden interno de los pueblos indígenas es necesario respetarlo y desarrollarlo ya que forma parte de su cultura. La Constitución utiliza indistintamente los términos "usos y costumbres" y "sistemas normativos", en su art. segundo (2001). El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Derechos Indígenas (1989) utiliza el término "derecho consuetudinario", y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) emplea el término "costumbres o sistemas jurídicos" (art. 34).

La cultura jurídica indígena actual caracteriza, principalmente, a sus normas como orales y consuetudinarias. En la comunidad indígena la palabra vale todavía, sobre todo la de los ancianos reunidos en concejo o en asamblea comunitaria (órgano legislativo). Los hábitos sociales o costumbres adquieren la categoría de obligatoriedad, por lo que su desacato acarrea una sanción. Los valores que la norma indígena reproduce están relacionados con la preservación del equilibrio inestable entre los elementos humanos y naturales, son valores ecológicos. Esta relación está regulada por la fraternidad; el hombre no está por encima de los demás elementos de la naturaleza: el hombre es el hermano hombre; el agua, la hermana agua; el fuego, el hermano fuego… La norma indígena no es el producto único del egolegislador humano (derecho

antropocéntrico), sino que el hombre debe tomar en cuenta las razones de la naturaleza para legislar con ella y no en su contra (derecho antropoecológico).

La jurisprudencia mexicana ha impulsado la aplicación obligatoria del derecho indígena estableciendo un "Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas" (2013). La jurisprudencia interamericana ha tenido también una postura activa en la materia, como lo destaca Alma Liliana Mata Noguez en "Los derechos humanos de los miembros de comunidades indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos" (2011).

El derecho constitucional mexicano tiene una doble tarea al reconocer el *principio del pluralismo jurídico* como decisión jurídico-político fundamental. Por una parte, debe establecer las normas de coordinación entre las jurisdicciones estatales (federal y locales) e indígenas, para garantizar el respeto y desarrollo del derecho indígena; y por otra, debe brindar a sus operadores judiciales los conocimientos suficientes para que en el desempeño de su labor apliquen el derecho indígena, y así garantizar el derecho de los indígenas a acceder a la justicia del Estado, no solo a nivel federal, sino también local.

Para que el cumplimiento de la primera tarea se inscriba en el espíritu del respeto y desarrollo del derecho indígena, su *validación* por parte del Estado deberá reglamentarse reconociendo (además de su plena jurisdicción), que sus procedimientos y resoluciones tienen efecto de pleno derecho, y que solo serán apeladas a petición de parte cuando se considere que se violaron sus derechos en un tribunal integrado por miembros nombrados por los propios pueblos indígenas, que conocen el idioma y la cultura de ellos (como es el caso a nivel local, de la Magistratura en Asuntos Indígenas, del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Quintana Roo).

Jorge Alberto González Galván

Derecho indígena (jurisprudencia constitucional)

Quien reconoce una acción como exigible o permitida es el Estado. En el desarrollo histórico del Estado mexicano hay que distinguir las acciones que fueron exigibles o permitidas a los pueblos indígenas y sus comunidades en el periodo colonial (el Estado monárquico) y en el periodo independiente (el Estado republicano).

El Estado monárquico castellano reconoció como principal derecho (*lo que está permitido*) de las poblaciones sometidas el de ser evangelizadas. Por ello, nombró a fray Bartolomé de las Casas, promotor de este derecho, como Protector Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas. La monarquía *permitió* también a los indígenas (entiéndase, les concedió el derecho a ejercer sus normas internas propias siempre que no contravinieran las normas de Castilla ni los principios de la moral cristiana. Reconoció igualmente a los indígenas como *vasallos libres de la Corona*.

Los pueblos indígenas pudieron acceder a la justicia real para que pudieran hacer *exigibles* aquello que les fue permitido a través del Juzgado General para Indios. El contexto de colonialismo jurídico que padecieron los pueblos

indígenas en este periodo nos permite aclarar que los derechos fueron graciosas *concesiones* del poder hegemónico, cuya exigibilidad siempre estuvo condicionada a la no afectación de los intereses de la Corona (éste es el sentido sociológico de la consigna que acompañaba la legislación: "Obedézcase, pero no se cumpla").

El Estado republicano mexicano del siglo XIX no consideró a los pueblos indígenas y a sus comunidades como sujetos de derechos. Bajo el lema de "Supresión de Fueros y Privilegios", los sistemas normativos internos indígenas pasaron a la clandestinidad. El principio de igualdad jurídica provocó que los derechos que el Estado les concediera y fueran exigibles serían solo a título individual (como cualquier mexicano). El proceso de privatización de la tierra colectiva indígena hizo igualmente que la cultura indígena se debilitara al perder la propiedad territorial, puesto que la tierra, la madre tierra, es la matriz y el motor de sus creencias y prácticas sociales, jurídicas y políticas.

Los pueblos indígenas y sus comunidades recuperaron, en el siglo XX, parte de sus tierras (derechos comunales y ejidales); sin embargo, el Estado desarrolló, de manera unilateral, una política de "mexicanización" de los indígenas para *permitirles* acceder a los beneficios culturales de la sociedad que habla castellano y reproduce los valores de la modernidad. Esta política etnocentrista fue criticada por la antropología crítica y desterrada en la revisión del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas, de la Organización Internacional del Trabajo (1989). La revuelta indígena encabezada por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional, en 1994, vino a consolidar un proceso de cambio en la política estatal: los derechos de los pueblos indígenas y sus comunidades ya no serían concesiones del poder público dominante, sino *reconocimientos* de su existencia y desarrollo. Se pasa de un largo e indigno proceso de imposición de lo que deberían ser los derechos de los pueblos indígenas y sus comunidades, a un proceso de participación, corresponsabilidad y solidaridad.

Admitir que los pueblos indígenas tienen derechos por ser culturalmente diferentes no ha sido una tarea fácil. El fin de siglo pasado renovó el debate por el reconocimiento constitucional de los derechos sociales. Los derechos de los trabajadores y de los campesinos en la Constitución de 1917 nos ubicó como el primer Estado *social* de derecho, ampliando la protección estatal a los derechos, no solo individuales, sino también colectivos. La reforma constitucional de 2001 en materia indígena nos coloca igualmente entre los países que han incorporado el *principio del pluriculturalismo* como decisión político-jurídico fundamental. Con el reconocimiento de la composición pluricultural de la nación mexicana, México se incorpora, así, a los países que se encuentran en proceso de consolidar el *Estado pluricultural de derecho* también como decisión jurídico-político fundamental al extender la protección de derechos de los individuos a los grupos que son social, económicamente desfavorecidos, y ahora, *culturalmente diferentes*.

El derecho matriz de un pueblo es su libre determinación. La libre determinación es para un pueblo lo que la libertad es para un individuo: su razón de ser y estar sobre la Tierra. Así como el Estado se compromete a garantizar la libertad del individuo para que pueda elegir lo que ha de ser su desarrollo

sentimental, familiar y profesional, el Estado se obliga también constitucionalmente a garantizar a los pueblos indígenas su libre determinación para que puedan elegir lo que ha de ser su desarrollo social, político y económico. El *principio de la libre determinación indígena* puede considerarse otra decisión jurídico-político fundamental que la reforma constitucional indígena reconoce en nuestro máximo ordenamiento (art. 2).

Los derechos que se decantan del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, como *entidades de derecho público*, son: los derechos políticos (elegir a sus autoridades y ejercer sus propias formas de gobierno con base en su derecho interno, así como participar fuera de sus comunidades en los Congresos locales y federal con representantes electos por ellos mismos sin la participación de los partidos políticos); los derechos jurisdiccionales (aprobar y aplicar sus normas propias respetando los derechos humanos, en particular los de las mujeres, así como participar en la creación e integración fuera de sus comunidades de los tribunales especializados en materia indígena a nivel local y federal), los derechos territoriales con procesos de remunicipalización (art. 2, apartado "A"). La lógica jurídica sugiere la existencia de una ley reglamentaria de este apartado; es decir, de autonomía indígena, que está por hacerse.

El derecho matriz que se reconoce a los pueblos indígenas y sus comunidades como *entidades de interés público*, por ser poblaciones social y económicamente desfavorecidas, está sustentado en el *principio de participación indígena* como otra novedosa decisión jurídico-político fundamental de nuestra Constitución, que consiste en el derecho a participar en el diseño y operación de las instituciones y políticas públicas tendientes a garantizar la vigencia de sus derechos y su desarrollo integral (art. 2, apartado "B").

Los derechos que se decantan del derecho de participación son: los derechos lingüísticos (oficializarlos en sus territorios, educación bilingüe); los derechos religiosos (concebir y practicar sus creencias religiosas); los derechos de seguridad social (ampliación de cobertura en las clínicas de salud y no ser discriminados en éstas); los derechos sociales (derecho a la vivienda, derecho al empleo); los derechos laborales (protección al trabajo migratorio en el país y en el extranjero); los derechos de las mujeres indígenas (participación política, apoyo productivo); los derechos económicos (participación en la elaboración de los planes económicos). Para el cabal cumplimiento de estos derechos es necesario considerar la importancia del funcionamiento eficiente del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas (13 de marzo de 2003), de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (21 de mayo de 2003) y del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (11 de junio de 2003).

En materia de reconocimiento de los derechos indígenas y su aplicación destacan la siguiente normatividad y estudios en México: Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo (vigente desde 1992); Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (aprobado en 2007); el *Estado, los indígenas y el derecho* (del autor, 2010); *Los derechos humanos de los miembros de comunidades indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos* (de Alma Lilia

Mata Noguez, 2011), y el "Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas" (de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013).

Jorge Alberto González Galván

Derecho natural

I. Definición de derecho natural. Es el derecho contenido en la ley natural. Se entiende aquí la palabra derecho en el sentido del conjunto de preceptos de la ley natural, así como en el sentido de la doctrina racional, o ciencia, elaborada para identificar, explicar y sistematizar el contenido de la ley natural.

II. Historia de la noción de ley natural. La noción de ley natural es muy antigua. En la filosofía griega se reconoce que hay una ley de la naturaleza, superior a las leyes civiles, que los hombres han de obedecer (*Antígona,* versos 449-460). Dicha noción fue recibida por el pensamiento jurídico romano, cuyos juristas reconocen un *ius naturale* (Ulpiano, 1 *Institutiones* D 1,1,3). Después fue asumida por la filosofía cristiana (ver Sto. Tomás de Aquino, *Suma de Teología II*, primera parte, cuestión 94), y en el siglo XVIII por el racionalismo (Grocio, Puffendorf), y se mantiene hasta nuestros días. Es una constante en la historia del pensamiento filosófico, ético y jurídico, pues los hombres siempre han pensado que existe un criterio superior al orden social establecido conforme al cual se puede juzgar la propia conducta y el mismo orden social. La negación de la existencia de la ley natural llevaría a establecer que el único criterio para distinguir entre el bien y el mal es el orden socialmente establecido, por lo que se impediría el cambio y el progreso.

III. Leyes de la naturaleza y ley natural. La ley natural es distinta de las leyes de la naturaleza (o leyes naturales) que rigen el comportamiento de las cosas y de los seres vivos irracionales. Las leyes físicas, químicas, astronómicas o biológicas no son leyes en sentido propio de un mandato imperativo que ha de ser obedecido libremente, sino la constatación de comportamientos de las cosas que necesariamente se producen en determinadas condiciones, como la ley de la gravedad, que constata que todas las cosas tienden hacia el centro de la tierra.

La ley natural, en cambio, es un precepto que ordena a todas las personas practicar determinadas conductas en tanto que son necesarias o útiles para el perfeccionamiento o bien de la persona y de la comunidad. El ser humano, por su propia racionalidad, puede cumplir o no cumplir la ley natural. Pero ésta no deja de ser ley o precepto imperativo por el hecho de que no se cumpla o se ignore incluso por amplios sectores de la población. Su fuerza imperativa no proviene del hecho de que efectivamente se cumpla, sino de la relación que tiene la conducta imperada con el bien personal y de la comunidad.

IV. Definición de ley natural. Se puede definir la ley natural como el precepto, o conjunto de preceptos, que ordena la conducta humana hacia la perfección o bien de la persona y de la comunidad. Toda persona, por la mera observación de sí misma y de la vida en común, puede reconocer que hay acciones que por sí mismas la perfeccionan, como la compasión, la colaboración

o la solidaridad, y otras que la degradan, como el asesinato, la mentira o el fraude. Desde esta perspectiva, se dice que es una ley "natural" en el sentido de que prescribe las acciones que son conformes con la naturaleza humana.

Por otra parte, también se puede decir que es una ley natural, en el sentido de que es accesible al conocimiento de cualquier persona, independientemente de las creencias religiosas o filosóficas que tenga, porque los preceptos que contienen son evidentes; esto es, que se entienden por sí mismos, y no hace falta demostrarlos, o de sentido común, esto es, verdades conforme a las cuales juzga cualquier hombre sensato.

V. Contenido de la ley natural. El primer precepto de la ley natural, y al que se reducen todos los demás, es el que dice "obra el bien y evita el mal". Es un precepto que establece la distinción entre acciones que han de practicarse y acciones que han de evitarse, con lo cual establece una limitación al poder humano: no todo lo que es posible es lícito o conforme con la ley natural. Es un precepto de verdad evidente.

Además de este primer principio, contiene otros, que se clasifican en preceptos primarios, que son los más universales y fáciles de conocer, y preceptos secundarios, que son derivados, por deducción de los primeros.

Aunque hay discusión sobre cuáles son en concreto todos los preceptos primarios, se puede considerar que en general se reconocen tres preceptos primarios positivos y cuatro negativos o prohibiciones.

Los preceptos primarios positivos son los que prescriben el deber: *i)* de amor a uno mismo; *ii)* de amor al prójimo como a uno mismo, y *iii)* de amor a Dios sobre todas las cosas. Se advierte que estos preceptos son generales, pues no indican acciones concretas que deben practicarse, sino una dirección o finalidad de la conducta (el bien propio, el bien del prójimo y el bien o gloria de Dios), que puede materializarse en muchas conductas concretas, como cuidar la salud, estudiar, adquirir virtudes, conseguir bienes, ayudar al necesitado, colaborar con la comunidad, dar culto a Dios, etcétera. No obstante su generalidad, son preceptos que iluminan el sentido de la vida y de las decisiones que cada quien van tomando cada día.

Los preceptos primarios negativos o prohibiciones son los que prohíben: *i)* el homicidio; *ii)* el adulterio, entendido en el sentido de relación sexual con persona ajena, es decir, con persona con quien no se tiene un compromiso recíproco de entrega por toda la vida; *iii)* el robo, en cualquier modalidad, y *iv)* la mentira. Se dice que estos preceptos son negativos porque señalan un deber de no practicar conductas que son opuestas al bien personal y de la comunidad, pero tienen en realidad un sentido positivo en tanto que, por una parte, impiden que se practiquen conductas negativas, y por la otra, afirman implícitamente las conductas opuestas: el respeto de la vida y la integridad corporal, la integridad del amor conyugal, el respeto a la propiedad ajena y el deber de veracidad.

Como preceptos secundarios de la ley natural se pueden citar estos: el deber de cumplir las promesas (derivado de la prohibición de la mentira y del deber de veracidad), de devolver los préstamos (derivado de la prohibición del robo y del deber de respetar la propiedad ajena), de colaborar con el bien

y progreso de la comunidad en que uno vive (del deber de amor al prójimo), de compartir los bienes especialmente con el necesitado (del deber de amor al prójimo), de cuidar la propia salud (del deber de amor propio), de fidelidad conyugal (de la prohibición del adulterio). Podrían citarse otros más, pero los ya citados muestran que son preceptos de fácil comprensión y de verdad cuasi evidente.

VI. Universalidad de los preceptos de la ley natural. La universalidad de los preceptos significa que se destinan a todos los hombres. Esto mismo se expresa cuando se dice que la ley natural es la misma para todos los hombres.

Los primeros principios de la ley natural es claro que se dirigen a todos los hombres sin excepción. El precepto de obrar el bien y evitar el mal se refiere necesariamente a todos, igual que el de amar al prójimo como a uno mismo, o el de no matar a un ser humano inocente.

Los preceptos secundarios, al referirse a situaciones cada vez más concretas, tienen un número de destinatarios más reducido. Por ejemplo, el principio de cumplir las promesas se dirige potencialmente a todos aquellos que hacen una promesa, aunque puede haber personas que nunca prometan formalmente algo; o el de devolver los préstamos, se refiere a quienes han recibido algo en préstamo, o más específicamente el principio de que el juez no puede ser parte en el mismo juicio se aplica expresamente a los jueces, etc.

Se puede concluir que la ley natural es universal, la misma para todos los hombres en sus primeros preceptos, mientras que no tiene esa característica en sus preceptos secundarios.

VII. Inmutabilidad de la ley natural. La cuestión acerca de si la ley natural es inmutable o puede cambiar se soluciona considerando de nuevo la distinción entre los preceptos primarios y los secundarios. Los primarios son inmutables, porque expresan juicios imperativos de conducta que son evidentemente conformes con la naturaleza humana, y en ese sentido son verdaderos.

En cambio, los preceptos secundarios pueden variar, no en el sentido de que declaren justo, lo que antes era injusto o viceversa, pero sí en el sentido de que se les puede añadir algo para precisar la conducta imperada. Por ejemplo, el precepto de devolver los préstamos no cambia en el sentido de que pueda enunciar que los préstamos no deben ser devueltos, pero sí se puede precisar que en ciertos casos es mejor retener temporalmente un préstamo que devolverlo, o se precisa cómo ha de hacerse la devolución, en qué condiciones, en qué estado, con o sin accesorios y frutos, etcétera. Esta labor de concreción y determinación de los preceptos secundarios de la ley natural es necesaria dada la generalidad de tales preceptos

VIII. Ley natural y ley humana positiva. La existencia y el reconocimiento de la ley natural no está reñida con la existencia de leyes promulgadas por los legisladores de cada pueblo, cuyo contenido son preceptos también imperativos y sancionados por el poder político. La propia ley natural tiene, como precepto secundario, derivado del precepto de amor al prójimo, el que ordena que todas las personas cumplan las leyes promulgadas por la potestad legítima. Estas leyes son necesarias porque la mayoría de los diversos aspectos

de las relaciones sociales y comunitarias no tienen una regulación precisa en los preceptos de la ley natural, que son, aun los secundarios, de contenido muy general.

La ley natural tiene dos funciones respecto de la ley positiva. Una, de carácter indicativo, en tanto que señala campos o ámbitos que la ley humana debe desarrollar; por ejemplo, el principio de que los contratos deben ser cumplidos indica que la ley humana debe precisar el contenido de las obligaciones contractuales; o el principio de reparar el daño injustamente causado hace necesario determinar qué tipo de daños y cómo ha de repararse cada uno de ellos, etcétera.

La otra función es de carácter restrictivo, la de señalar los límites que no han de ser traspasados por la potestad política. Esta es la función primordial de los preceptos negativos o prohibiciones: ni las leyes humanas ni la comunidad política tienen poder para declarar justa la muerte de un inocente, el robo, la mentira o el adulterio.

Si las leyes positivas contradicen en puntos graves la ley natural, los ciudadanos que quieren gobernarse conforme a la razón y no por miedo al poder pueden, haciendo referencia a la ley natural, negarse a cumplirlas. Ese es precisamente el caso que da pie a la primera referencia expresa a la ley natural en la cultura griega: en la tragedia *Antígona,* de Sófocles, el rey Creonte prohíbe que se dé sepultura a Polinices, hermano de Antígona; ella, desobedeciendo el decreto real, da sepultura a su hermano, y cuando Creontes le pide cuentas, ella dice que el decreto del rey no es superior a las leyes no escritas e inmutables de los dioses. El rey, no obstante la razón de Antígona, decide darle muerte. Ella, entonces, dice: "¿Qué esperas, pues? A mí, tus palabras ni me placen ni podrían nunca llegar a complacerme; y las mías también a ti te son desagradables. De todos modos, ¿cómo podía alcanzar más gloriosa gloria que enterrando a mi hermano? Todos éstos, te dirían que mi acción les agrada, si el miedo no les tuviera cerrada la boca; pero la tiranía tiene, entre otras muchas ventajas, la de poder hacer y decir lo que le venga en gana". Finalmente, Antígona es ejecutada.

La ley natural es el criterio primordial para juzgar la conducta humana de todos los hombres, débiles o poderosos. Mientras se tenga conciencia de la ley natural, el poder político no avasallará impunemente, pues el abuso se denunciara como injusto.

Jorge Adame Goddard

Derecho procesal constitucional

La expresión "derecho procesal constitucional" tiene tres significaciones. Por una parte se utiliza para identificar el conjunto normativo diferenciado del ordenamiento jurídico (normas procesales de origen constitucional o derivadas de ellas). Así, se habla, por ejemplo, de leyes de jurisdicción constitucional, leyes orgánicas de tribunales constitucionales, o recientemente, de códigos procesales constitucionales. También se utiliza para significar las actuaciones procedimentales que realizan los órganos de justicia constitucional, particularmente las realizadas por las jurisdicciones especializadas (tribunales, cortes

o salas constitucionales), pero también las actuaciones o técnicas procesales de jueces ordinarios que ejercen el control de constitucionalidad de las leyes en sus variadas formas y matices. Una tercera connotación refiere a su carácter científico; es decir, a la disciplina que estudia de manera sistemática la jurisdicción, magistratura, órganos, garantías, procesos, principios y demás instituciones para la protección de la Constitución desde la ciencia del derecho.

Bajo esta última significación se advierten diversidad de posturas y enfoques contemporáneos, esencialmente focalizados con su denominación, su naturaleza jurídica y el contenido de la disciplina. Un primer problema deriva en el *nomen iuris* que debe atribuirse a la disciplina jurídica encargada del estudio del control de constitucionalidad de las leyes, y en general de la supremacía constitucional. Así, se suele referir al "derecho procesal constitucional" como sinónimo de "justicia constitucional" o "jurisdicción constitucional".

Con independencia de las diferencias que pudieran derivarse de estas expresiones, las dos últimas anteceden a la primera. En el trabajo fundacional de Kelsen sobre "La garantía jurisdiccional de la Constitución" (París, 1928), hace referencia en múltiples ocasiones a los vocablos "justicia constitucional" (incluso en el subtítulo) o "jurisdicción constitucional", sin diferencias aparentes, para referirse al sistema de los medios técnicos que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales. Estas expresiones entraron al lenguaje habitual de los juristas desde los primeros estudios que analizan las tiernas experiencias de la jurisdicción constitucional concentrada (Austria, Checoslovaquia y España). Particularmente la terminología encontró eco a partir de la segunda posguerra, conforme se fueron afianzando los tribunales constitucionales en las nuevas democracias europeas y fueron apareciendo los estudios especializados. Desde entonces, la mayoría de los autores utilizan ambos términos sin distingos, y son pocos los que justifican su preferencia a favor de uno u otro. Algunos prefieren la expresión "justicia constitucional", por ser más amplia en su contenido (si se considera la diversidad de funciones "no jurisdiccionales" que hoy tienen los tribunales constitucionales), mientras que la "jurisdicción constitucional" la entienden limitativa, al centrarse en el órgano concentrado de control de constitucionalidad de las leyes. En cambio, otros consideran demasiado amplio aquel concepto (pues el término "justicia" entra al campo filosófico), y prefieren el de "jurisdicción constitucional", al centrarse en el aspecto propiamente "judicial" del control constitucionalidad de las leyes, de tal manera que con la expresión "jurisdicción constitucional" estiman que abarca tanto al órgano "concentrado" como aquellos sistemas con control judicial "difuso" y también los "mixtos" y "paralelos".

En cambio, la expresión "derecho procesal constitucional" surge con posterioridad, siendo utilizada por vez primera por el jurista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, como naciente "rama procesal", tal y como lo demuestran sus pioneros trabajos en su exilio en Argentina (1944-1945) y en México (1947). Precisamente en este último país surgen los trabajos sistemáticos de su discípulo Fix-Zamudio (1955-1956), bajo el calor del procesalismo científico de la época, quedando desde entonces reflejada esta corriente. A partir de los años ochenta se divulga especialmente en Latinoamérica, donde se ha desarrollado una doctrina especializada, se han formado institutos (por

ejemplo, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional), y se han creado cursos universitarios con esa precisa denominación. Así, con el ánimo de aclarar conceptos, un sector de la doctrina estima que en el fondo las expresiones "justicia constitucional" y "derecho procesal constitucional" no son incompatibles, y más bien resultan complementarias en la medida en que la primera se refiere al conjunto de instrumentos tutelares de la constitución que conforman el contenido del "derecho procesal constitucional", siendo esta última la disciplina científica que los estudia.

En realidad, el problema de la denominación se encuentra íntimamente vinculado a otro problema relevante, el de la *naturaleza jurídica* del derecho procesal constitucional. En general, existen en la actualidad dos posturas divergentes. La europea, que la considera como una parcela de estudio del derecho constitucional, bajo la denominación mayoritaria de "justicia constitucional". Esta óptica ha tenido una significación sobresaliente desde la dogmática constitucional, y particularmente derivado del análisis científico de las sentencias constitucionales. La segunda postura, en plena formación, y que podríamos denominar "corriente latinoamericana", se viene desarrollando paulatinamente con una perspectiva distinta y como consecuencia natural del desenvolvimiento de las distintas ramas procesales. Esta vertiente defiende la "autonomía científica" del derecho procesal constitucional como una nueva manifestación del derecho público con dos variantes: la que predica la "autonomía mixta", considerando que deben emplearse en su estudio los principios, instituciones, metodología y técnicas del derecho constitucional y del derecho procesal; y la que postula su "autonomía procesal", que partiendo de la teoría general del proceso se considera que deben construirse sus propias categorías, principios e instituciones, como lo han realizado las distintas ramas procesales, si bien con un acercamiento importante al derecho constitucional. Esta última postura es la más aceptada entre los juristas latinoamericanos y la que se ha ido paulatinamente consolidando. Bajo esta perspectiva, si bien se fundamenta en su aceptación como una disciplina procesal autónoma, los vasos comunicantes con el derecho constitucional son intensos, incluso con mayores proyecciones que las demás ramas procesales respecto a las materias sustantivas (procesal civil o procesal penal, respecto al derecho civil o penal, por ejemplo), debido a que sus categorías esenciales suelen encontrarse en la propia ley fundamental.

Un tercer problema se dirige al *contenido o superficie* del derecho procesal constitucional. Existe una corriente elaborada en los años setenta, que ha tratado de ahondar en las delimitaciones entre lo "procesal" y lo "constitucional" (Fix-Zamudio). Esta postura parte de las ideas de Couture sobre las garantías constitucionales del proceso civil (1946-48), para proponer la distinción entre dos disciplinas limítrofes y estrechamente vinculadas: el "derecho procesal constitucional" (como rama procesal) y el "derecho constitucional procesal" (como sector del derecho constitucional). La primera, al estudiar los órganos, garantías e instrumentos procesales para la salvaguardia de la constitución. La segunda comprende las categorías procesales elevadas a rango constitucional, como la jurisdicción, las garantías judiciales (estabilidad, inamovilidad, remuneración, responsabilidad, etc.), y las garantías de las partes (acción procesal,

debido proceso, etc.). Cuestión no pacífica en la doctrina contemporánea, al existir también posturas "amplias", que ubican las anteriores categorías en una sola.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

Derecho procesal constitucional (Alemania)

Se trata de la rama del derecho objetivo de la República Federal de Alemania que disciplina el proceso constitucional de aquel país. En el ámbito académico del rango corresponde a una disciplina jurídica en general estudiada junto al derecho público. Este se fundamenta en normas constitucionales de la llamada Ley Fundamental, como fue nombrada por razones históricas la Constitución alemana, promulgada e el 23 de mayo de 1949. Tales normas constitucionales son conformadas, en el nivel infraconstitucional, por el legislador ordinario, específicamente en las norma de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (en adelante: TCF). Conjuntamente, las normas de la Constitución y de la mencionada ley orgánica del TCF listan taxativamente los procedimientos a ser propuestos ante aquel tribunal. Esa limitación es informada por el llamado "principio de la enumeración" (*Enumerationsprinzip*), que implica la exclusión de la clausula general de acceso a la jurisdicción constitucional y, con eso, de acciones innombradas, tales cuales previstas por muchos órdenes jurídico-procesales civiles.

Las normas configuradoras del proceso constitucional alemán de la Constitución y de la mencionada ley ordinaria instituyen, por un lado, un proceso objetivo, entendido como un proceso judicial que, a pesar de depender de un impulso oficial por personas y órganos constitucionales legitimados por aquellos dos estatutos normativos, no tienen la principal característica de la actividad jurisdiccional ordinaria de decidir sobre lites, pero persiguen el objetivo de defensa de la Constitución y del orden constitucional en ella fundado. Por otro lado, también los procedimientos listados por la Ley Fundamental y por la referida Ley Orgánica del TCF que pueden ser subsumidos bajo el concepto de proceso intersubjetivo (litigioso) también son peculiares cuando son comparados al proceso intersubjetivo ordinario, porque se trata de litigios entre órganos estales constitucionales (lites interorgánicas) y entre entes de la federación (lites federativas) sobre el alcance de competencias.

En todos los casos y frente a todas las competencias, el TCF es el único juez natural o legal para dirigir el proceso constitucional, y decidir, igualmente con efectos, que extrapolan la competencia general de la función jurisdiccional estatal, como única instancia. Como consecuencia, lógicamente, solo dirige los procedimientos originariamente, siendo todas sus decisiones irrecurribles, al mismo tiempo que no tienen ninguna competencia para juzgar recursos, a pesar de la admisión de la admisión de la queja constitucional, como instrumento procesal constitucional a ser utilizado directamente por un titular de derecho fundamental violado, estar sometida a la condición del previo agotamiento de las instancias ordinarias.

El sentido amplio que se viene imponiendo el uso terminológico por la literatura especializada, sin embrago, el derecho procesal constitucional ha

sido entendido (se entiende) como sinónimo de la jurisdicción constitucional. La jurisdicción constitucional alemana se desarrolló a partir de varias tradiciones, pero solo vendría a afirmarse conceptualmente con los fundamentales ensayos de Kelsen y de Triepel, al final de la década de 1920, presentados en el Encuentro Anual de Profesores de Derecho Público alemanes. Así, el concepto fue marcado teóricamente por la construcción terminológica de Kelsen. Hoy puede ser definida como "jurisdicción autónoma acerca de las cuestiones constitucionales" (*Friesenhahn*).

Del derecho procesal constitucional objetivo derivan las siguientes principales categorías de competencias:

a) Para control normativo de constitucionalidad. Coherentemente al sistema concentrado de control normativo, el TCF es exclusivamente competente para decidir sobre demandas de control normativo de constitucionalidad en las modalidades abstracta y concreta, además de la mencionada queja constitucional, que puede ser ajuiciada por cualquier persona física o —con reservas— jurídica, que afirma fundadamente haber tenido un derecho fundamental de su titularidad violado por un órgano estatal. Como parámetro constitucional material de juzgamiento puede servir, en el caso de los controles abstracto y concreto, cualquier norma de la Ley Fundamental. En el caso de la queja constitucional, solo sirven los parámetros de las normas definidoras de derechos fundamentales, que representan el principal foco de la jurisprudencia constitucional alemana, una vez que más de 90% de todos los procedimientos juzgados, con decisión de mérito, son quejas constitucionales. Como sus posibles objetos, se tienen tan solamente los actos normativos legales e infralegales, cuestionados: i) por las proposiciones de controles abstractos, confiadas a los siguientes órganos o parte de órganos constitucionales: gobierno federal, un gobierno estatal o ¼ de la Cámara Federal (*Bundestag*); ii) por cualquier juez o tribunal que tiene la competencia y el deber *ex officio* de evaluar la compatibilidad de la norma que fundamenta el pedido de la causa de una de las partes y el dispositivo de la sentencia a ser dictada, pero no la competencia para su descarte incidental, tal cual ocurre en los países que adoptan el sistema difuso de marca estadunidense; o iii) por la queja constitucional contra una decisión judicial en la cual se tendría aplicada en la norma inconstitucional o hasta, presentes algunas condiciones muy específicas, directamente contra un acto normativo. Un posible objeto de la queja constitucional puede ser, por otro lado, exclusivamente la interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales que abstractamente sean compatibles con la respectiva norma —parámetro— constitucional. Se trata, en este caso, de la consecuencia procesal de la dogmática jurídico-constitucional de la llamada "eficacia horizontal indirecta de los derechos fundamentales" (*Drittwirkung*) lanzada en el conocido *leading case* Lüth, por el TCF alemán, en 1958. Por ella, el TCF declara incompatible con la Constitución tan solamente la decisión judicial, anulándola y, epor regla, los autos vuelven al tribunal que cometió la violación, que estará entonces, en razón de la interpretación sistemática entre el dispositivo de la decisión del TCF y sus fundamentos determinantes, vinculado a estos, continuando a ser, sin embargo, el juez natural del hecho, una vez que la jurisdicción constitucional en sentido estricto no puede implicar la reforma de una decisión de

un tribunal inferior, justamente por no ser instancia competente para juzgar recursos. Pero como puede reconocer la inconstitucionalidad en abstracto de la norma aplicada por el tribunal de la jurisdicción ordinaria, la queja también puede funcionar como control normativo.

La jurisdicción constitucional, en sentido estricto, tal cual fue ejercida exclusivamente por el tribunal y órgano constitucional, que es el TCF autoriza la conclusión de que se está delante de una verdadera justicia especial (tal cual la laboral o administrativa en los países que establecen un proceso judicial administrativo). Muchos autores destacan la queja constitucional como una categoría aparte del control normativo en razón de sus específicas condiciones procesales, sobre todo que la alegada violación de derecho fundamental (por una decisión judicial o directamente por un acto normativo) haya de ser propia (no teniendo carácter de acción popular), directa y actual. Sin embargo, aquí se firma el entendimiento de que por intermedio de ella, además de la defensa individual de un derecho fundamental, se controla también la compatibilidad de normas con la Constitución, mismo que tal norma sea la norma concreta del dispositivo de una decisión judicial.

b) Lites constitucionales en el sentido horizontal (lites interorgánicas o lite constitucional *estricto sensu*) y vertical (lites federativas).

c) Los otros procedimientos específicos de protección de la Constitución como procedimiento de prohibición de partido político, destitución de derecho fundamental y denuncia criminal contra el presidente federal o juez de derecho frente a sus eventuales tentativas de grave violación al orden constitucional vigente.

Como las mencionadas estadísticas demuestran, la guardia de la Constitución en el sentido de C. Schmitt nunca prescindió de la protección de los derechos fundamentales. En ese sentido, el papel más preponderante lo ocupó el Tribunal constitucional federal al consolidar el proceso constitucional como proceso objetivo, frisando su función como instrumento de la concretización de los parámetros materiales con destaque para las normas definidoras de los derechos fundamentales. La decidida separación entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional con grande preocupación jurídico-dogmática corresponde, jurídico-materialmente hablando, a la estricta separación entre el derecho constitucional específico y el llamado derecho ordinario, a despecho del fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, que tuvo por consecuencia la concretización del vínculo específico del Poder Judiciario a los derechos fundamentales. Aquel en ocurrente esmero del TCF en la fundamentación dogmática de sus decisiones contribuyó para dejar la politización del derecho constitucional y la judicialización de la política en niveles aceptables.

Leonardo Martins

Derecho procesal constitucional (Austria)

El concepto de "derecho procesal constitucional" no existe en el sentido estricto en Austria. Por eso, en esa contribución definimos al "derecho procesal constitucional" como una rama procesal, que se refiere a "los órganos,

garantías e instrumentos procesales para la salvaguardia de la constitución". Así que el término se utiliza como sínonimo de "justicia constitucional" o "jurisdicción constitucional" (E. Ferrer Mac-Gregor, *Derecho procesal constitucional*).

En Austria hay un sistema de jurisdicción constitucional esencialmente concentrado en el Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional de Austria es, así, el último guardián de la Constitución (véase "Tribunal Constitucional (Austria)"). La base normativo-constitucional del sistema de jurisdicción constitucional se encuentra en los arts. 137-148, Bundesverfassung, B-VG. Los detalles de su funcionamento están reglamentados en el *Verfassungsgerichtshofgesetz* 1953 y en la *Geschäftsordnung*, que fue adoptada por el propio Tribunal Constitucional.

El mecanismo más importante para asegurar la prevalencia de la Constitución es la posible eliminación de leyes inconstitucionales por parte del Tribunal Constitucional (art. 140, B-VG). Al lado de la posible eliminación de ordenanzas ilegales (art. 139, B-VG), el control de constitucionalidad de la ley asegura la pirámide jurídica o "*Stufenbau*" del sistema jurídico (*der Rechtsordnung*), la cual tiene en su cúspide a la Constitución. También el posible control de resoluciones administrativas de última instancia (desde el 1 de enero de 2014: decisiones de tribunales administrativos de primera instancia) por vía de amparo (*Bescheidbeschwerde*; art. 144, B-VG) contribuye a ese fin.

Cuando excluye leyes federales o leyes de los *Länder* por inconstitucionalidad (art. 140, B-VG), el Tribunal Constitucional funciona como "legislador negativo". En este caso anula la norma o ley (*Gesetz* (*esbestimmung*)) afectada de inconstitucional. Esa anulación tiene, en principio, efectos *ex nunc/pro futuro*.

De manera general, uno puede distinguir en Austria entre control 1) abstracto, y 2) concreto.

1. En el sistema de control abstracto no existe una situación particular o específica que dé origen a la demanda de inconstitucionalidad (*Anlassfall*). Según el objetivo perseguido, distintas instituciones u órganos estatales tienen derecho a interponer la demanda con el fin de hacer prevalecer la supremacía de la Constitución sobre normas contrarias a ella. El gobierno federal puede elevar la demanda si encuentra que hay una supuesta inconstitucionalidad de leyes de los *Länder*; lo mismo puede hacer el *Landtag* si la supuesta inconstitucionalidad concierne leyes federales. Aquí el sistema de control abstracto sirve para resolver conflictos federales. También una tercera parte de los miembros de la Cámara Baja (*Nationalrat*) o de la Cámara que representa a los *Länder (Bundesrat*), así como un tercio de los miembros de los *Landtage* pueden interponer una demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Esta facultad es entendida como un derecho de la oposición, donde una minoría significativa (un tercio de las Cámaras respectivas o de los *Landtage*) puede iniciar un control de constitucionalidad de leyes adoptadas por la mayoría.

2. En el sistema de control concreto, ciertos tribunales (*Verwaltungsgerichtshof*, Corte Suprema, cada tribunal de segunda instancia, *Asylgerichtshof* (eliminado el 1 de enero 2014), Tribunal Constitucional *ex officio*) o ciertas instituciones administrativas (*Unabhängige Verwaltungssenate*, *Bundesvergabeamt*) (eliminado y sustituido por tribunales administrativos de primera instancia el 1 de enero de 2014) pueden iniciar el control de constitucionalidad de una norma o ley

si tienen dudas de su constitucionalidad al momento de aplicarla en un caso determinado.

Finalmente, bajo ciertas condiciones, también un individuo puede empezar un proceso de control de normas. Eso, a condición de que la norma legal afecte al individuo sin que se requiera una decisión o un acto previo de un tribunal o de una institución administrativa. Otra condición es que otra vía legal (*Rechtsweg*) es desmedida (*unzumutbar*). Nota que desde el 1 de enero de 2015, además individuos que consideran sus derechos violados por la aplicación de una ley inconstitucional en una decisión de un tribunal de primera instancia pueden iniciar un control de la ley respectiva según recién reforma (*Gesetzesbeschwerde,* BGBl I 2013/114).

De manera general, el amplio poder de demanda (*Antragsbefugnis*) contribuye a un efectivo sistema de control de constitucionalidad que ejerce el Tribunal Constitucional en su defensa de la Constitución.

No obstante, algunos hechos reducen la efectividad del sistema de control de normas. En primer lugar, el legislador puede evitar el control del Tribunal Constitucional cuando cuenta para ello con un amplio consenso: puede elevar una norma o una ley supuestamente (o ya declarada) inconstitucional a rango constitucional con una mayoría de 2/3 de sus miembros, y así "protegerla" de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional también tiene competencia de controlar leyes constitucionales si constituyen un cambio de principios básicos ("*Gesamtänderung*", art. 44/3 B-VG; por ejemplo, un cambio de los principios democrático, federal, la separación de poderes) de la Constitución. De manera que si constituyen una *Gesamtänderung*, también normas de rango constitucional pueden ser rechazadas, y los fundamentos de la Constitución queden así protegidos por el Tribunal Constitucional. También desde la perspectiva de la soberanía popular y democrática pueden esgrimirse argumentos a favor de los cambios soportados por un amplio consenso parliamentario. Al mismo tiempo, cabe observar que sobre todo en tiempos de "gran coalición", cuando los dos partidos en el gobierno tienen una mayoría de dos terceros (2/3), se limitó efectivamente el control del Tribunal Constitucional, al elevar al rango constitucional normas ya declaradas inconstitucionales en el pasado. Esa "técnica" —que ha generado multiplicidad de normas constitucionales de importancia variada en leyes normales— no solamente perjudica la Constitución como orden fundamental del Estado, sino que debilita también la función del Tribunal Constitucional como guardián de la Constitución.

En segundo lugar, cabe recordar que el Tribunal Constitucional solamente funciona como "legislador negativo". No tiene competencia de "forzar" al legislador a actuar, por ejemplo, exigiendo que adopte ciertas normas; esto incluso en caso de detectar deficiencias de regulación en materia de derechos fundamentales.

A pesar de esos límites, el control de normas o de leyes efectuado por parte del Tribunal Constitucional ha sido un sistema de control largamente eficaz, lo que ha contribuido a la defensa de la Constitución de manera efectiva.

Christina Binder

Derecho procesal constitucional (Bolivia)

La expresión "derecho procesal constitucional" en Bolivia es entendida en el marco de las tres significaciones que de manera general se le asignan; vale decir, como conjunto normativo sustantivo y procesal que regula el ejercicio de la potestad de control de constitucionalidad; como comprensivo de actos procesales desarrollados en la solución de los conflictos constitucionales y como disciplina de las ciencias jurídicas. De manera que el derecho procesal constitucional en Bolivia viene desarrollándose en el marco de esa triple significación.

En el ámbito del significado normativo se ha logrado una importante evolución, pues desde una normativa constitucional básica se ha logrado avanzar hasta la adopción de un código procesal constitucional, avance que podría ser reflejado convencionalmente en cuatro etapas.

La primera, caracterizada por una normativa orgánica básica, pues en la primera Constitución promulgada y publicada en 1826 apenas se consignaron normas orgánicas que podrían entenderse como vinculadas al derecho procesal constitucional; así, el art. 51, al nombrar las atribuciones de la Cámara de Censores, previó lo siguiente: "Son atribuciones de la Cámara de Censores: 1o, velar si el Gobierno cumple y hace cumplir la Constitución, las leyes y los tratados públicos; 2o Acusar ante el Senado las infracciones que el Ejecutivo haga de la Constitución, las leyes y los tratados públicos". En la reforma constitucional de 1831 se creó el Consejo de Estado con la función de ejercer el control de constitucionalidad; de manera que en la Constitución reformada se consignaron normas (arts. 93 al 100) que regulaban la composición, funciones y atribuciones del nuevo órgano constitucional creado, asignándole como una de sus funciones "velar sobre la observancia de la Constitución, e informar documentadamente al Cuerpo Legislativo sobre las infracciones de ella". Las normas referidas forman parte del derecho procesal constitucional, en su significado normativo, porque crearon el sistema de control político de constitucionalidad.

La segunda, caracterizada por la adopción del modelo de control de constitucionalidad americano o de la revisión judicial; la creación de acciones tutelares del hábeas corpus y amparo constitucional para la protección del derecho a la libertad física, el primero, y todos los derechos y garantías constitucionales, la segunda; y la inclusión de normas procesales en el Código de Procedimiento Civil para regular la sustanciación de los procesos constitucionales. Mediante la reforma constitucional de 1861 se consignaron normas que forman parte del derecho procesal constitucional, ya que, por un lado, al tiempo de proclamar el principio de supremacía de la Constitución se encomendó a todos los jueces y tribunales aplicar la Constitución con preferencia a las leyes, y por otro, se encargó al Tribunal Supremo de Justicia la labor de realizar, en última instancia, el control de constitucionalidad sobre las leyes. En la reforma constitucional de 1931 se introdujo una norma que creó el recurso de hábeas corpus para proteger el derecho a la libertad física y el derecho de locomoción de las personas, incluyendo normas de naturaleza procesal para su trámite. En la reforma constitucional de 1967 se incluyó una norma que

creó la acción de amparo constitucional para la protección de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, con excepción de la libertad física y el derecho de locomoción; además, se introdujeron normas de naturaleza procesal para su respectivo trámite. En esta segunda etapa, en la parte procesal, el control de constitucionalidad fue ejercido sobre la base de normas previstas en el Código de Procedimiento Civil, que regulaban los procesos y recursos establecidos por la Constitución.

La tercera, caracterizada por la adopción del modelo de control de constitucionalidad europeo o "kelseniano" con resabios del modelo americano; la emisión de una Ley de desarrollo de la Constitución, y la introducción de la acción tutelar del hábeas data. Mediante la reforma constitucional de 1994 se creó el Tribunal Constitucional como el máximo guardián y último intérprete de la Constitución, definiendo su estatus jurídico constitucional, su integración y sus atribuciones, pero a la vez se mantuvo la norma constitucional que encomendaba a todos los jueces y tribunales aplicar la Constitución con preferencia a las leyes. En esta etapa, el órgano Legislativo expidió la Ley 1836, del Tribunal Constitucional, una ley mixta que consignaba normas orgánicas reguladoras de la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional, y normas procesales para regular la sustanciación de los procesos constitucionales, a través de los cuales se ejercía el control de constitucionalidad en el ámbito normativo, el ámbito competencial y el ámbito tutelar de los derechos fundamentales. En la reforma constitucional de 2004 se creó el recurso de hábeas data, para la protección del derecho a la autodeterminación informativa.

La cuarta, caracterizada por la consolidación del modelo de control de constitucionalidad en la Constitución promulgada el 7 de febrero de 2009, con una modificación del estatus constitucional y la naturaleza jurídica del órgano encargado del control de constitucionalidad, ya que por un lado, el Tribunal Constitucional Plurinacional es un órgano constitucional independiente de los órganos del poder constituido; y, por otro, ejerce el control de constitucionalidad no solo sobre el sistema jurídico del Estado, sino también sobre los sistemas jurídicos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; así, está previsto por los arts. 179.III, y 196 al 203 de la Constitución. En el desarrollo de las normas constitucionales referidas, la Asamblea Legislativa Plurinacional ha expedido la Ley 027, que regula la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional; asimismo, ha emitido la Ley 254, Código Procesal Constitucional, vigente a partir del 6 de agosto de 2012, cuyas normas regulan los procesos constitucionales a través de los cuales se ejerce el control de constitucionalidad. En la referida reforma constitucional también se han creado dos nuevas acciones de defensa de los derechos fundamentales: la acción popular, para la protección de los derechos e intereses colectivos, y la acción de cumplimiento, para la protección del derecho a exigir el cumplimiento efectivo de la Constitución y las leyes.

En el ámbito referido a los actos procesales, cabe destacar que el derecho procesal constitucional en Bolivia también ha tenido un importante desarrollo. La labor desempeñada por el Tribunal Constitucional ha contribuido de manera significativa a ese proceso, pues al sustanciar los procesos constitucio-

nales y resolver los conflictos sometidos a su conocimiento ha logrado fortalecer y consolidar los procedimientos previstos por la legislación, allanando las omisiones legislativas por la vía jurisprudencial.

Finalmente, en el ámbito del significado de disciplina de las ciencias jurídicas, el derecho procesal constitucional en Bolivia no tuvo un estudio sistematizado en la parte académica hasta los años noventa. En efecto, en la currícula de las facultades de ciencias jurídicas de las universidades estatales y privadas no fue incluida la impartición de esta disciplina de las ciencias jurídicas en pregrado sino que fue a partir de la adopción del modelo europeo o "kelseniano" de control de constitucionalidad, con resabios del modelo americano, que recién algunas universidades incluyeron la misma en su currícula de la formación profesional; así, se puede referir a la Universidad Privada Santa Cruz de la Sierra (UPSA), la Universidad Técnica Privada Santa Cruz (UTEPSA), la estatal Universidad Técnica de Oruro y la estatal Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba. A nivel de posgrado, algunas universidades, entre ellas la Universidad Andina Simón Bolívar (sedes Sucre y La Paz), la Universidad Mayor de San Simón (Cochabamba), la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Santa Cruz), la Universidad Mayor San Andrés (La Paz) y la Universidad Real y Pontificia San Francisco de Chuquisaca, han implementado programas de maestría y diplomado en derecho procesal constitucional.

Cabe destacar que en el ámbito del significado de disciplina de las ciencias jurídicas se ha logrado un importante desarrollo teórico-doctrinal, pues a partir de la década de 1990 del siglo XX han surgido una serie de estudios ya sistematizados, que sin ser tratados especializados en derecho procesal constitucional, abordan su estudio desde diferentes perspectivas.

Entre los estudios publicados se puede mencionar, a manera enunciativa no limitativa, los siguientes libros: *Tribunal Constitucional*, de Hugo Galindo Decker (1994), que contiene los resultados del debate nacional en torno a la creación del Tribunal Constitucional; *¿Tribunal Constitucional o Corte Supremas?*, de Marcelo Galindo Ugarte (1994); *Reformas constitucionales. Avances, debilidades y temas pendientes*, de José Antonio Rivera S. (1999); *Tribunal Constitucional. Comentario y anotaciones en el ordenamiento jurídico boliviano*, de Luis Ángel Vásquez Villamor (1999); *Jurisdicción Constitucional. Procesos constitucionales en Bolivia*, de José Antonio Rivera S. (1a. ed. 2001, y 3a. ed. 2012); *Derecho procesal constitucional boliviano*, libro colectivo editado por la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales (2002); *Las líneas jurisprudenciales básicas del Tribunal Constitucional*, de Willman Ruperto Durán Ribera (2003); *Recurso directo de nulidad*, de Jorge Asbún Rojas (2003); *Derecho procesal constitucional. Tribunal, procedimientos y jurisprudencia en Bolivia*, de René Baldivieso Guzmán (2006); *Derechos y garantías fundamentales*, de Pablo Dermizaky Peredo (2006); *Temas de derecho procesal constitucional*, de José Antonio Rivera S. (2007); *Acción de amparo constitucional*, de Richard Eddy Cardozo (2009); y *Derecho procesal constitucional*, de Henry Pinto Dávalos (2011).

José Antonio Rivera Santiváñez

Derecho procesal constitucional (Campeche)

Para la definición de Campeche seguimos la primera significación de la voz "derecho procesal constitucional", que da el doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en la conceptualización general de esta: "el conjunto normativo diferenciado del ordenamiento jurídico".

En este sentido, se puede expresar que en Campeche este conjunto normativo está en una fase primaria, pues solo se contempla el procedimiento encargado de resolver conflictos de competencia y/o atribución. Dicho lo anterior, es importante subrayar que la causa eficiente de la reforma constitucional campechana, que introdujo el control sobre los conflictos entre órganos, se debió a dos razones.

Primera, directamente a un mandato del poder revisor o constituyente permanente federal, que a través de una reforma constitucional federal mandaba a las legislaturas estatales la implementación de medios de resolución de conflictos en determinadas hipótesis.

Segunda, el poder revisor de la Constitución estatal adoptó este mandato y a su vez lo recondujo, como diría la exposición de motivos, a "ampliar la esfera de competencia del máximo órgano del Poder Judicial del Estado, el H. Tribunal Superior de Justicia para, no sólo conocer de conflictos entre Ayuntamientos o entre éstos y el Ejecutivo, sino también de los que pudieren surgir entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo, así como entre entidades paraestatales y paramunicipales".

Tercero, la causa final de dichas reformas —tanto federal como estatal— radicaba en la idea de modificar la situación jurídica del municipio y dotarlo de mayor autonomía y atribuciones "ampliar las facultades que actualmente tienen los municipios en México, y lograr el fortalecimiento municipal".

El 23 de diciembre de 1999 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* un decreto de modificación al art.115 de la Constitución federal. En dicho decreto se encontró establecido que los estados debían adecuar su marco jurídico a las nuevas disposiciones. Esta modificación tiene su origen en nueve iniciativas presentadas ante el Congreso por diferentes grupos parlamentarios. Todas estaban basadas en la idea de que el municipio fuera el eje del desarrollo nacional.

De acuerdo con el texto federal, las hipótesis de conflicto que el procedimiento implementado debiera de conocer se encontraban contempladas en diversos apartados distintos del texto del art. 115 constitucional.

El inciso c) estipula: "Las normas de aplicación general para celebrar los convenios a que se refieren tanto las fracciones III y IV de este artículo, como el segundo párrafo de la fracción VII del artículo 116 de esta Constitución".

El inciso d) señala: "El procedimiento y condiciones para que el gobierno estatal asuma una función o servicio municipal cuando, al no existir el convenio correspondiente, la legislatura estatal considere que el municipio de que se trate esté imposibilitado para ejercerlos o prestarlos; en este caso, será necesaria solicitud previa del ayuntamiento respectivo, aprobada por cuando menos las dos terceras partes de sus integrantes".

Ahora bien, para efectos de la reforma a la Constitución campechana resultó trascendente el nuevo párrafo cuarto de la frac. II del art. 115: "Las

legislaturas estatales emitirán las normas que establezcan los procedimientos mediante los cuales se resolverán los conflictos que se presenten entre los municipios y el gobierno del estado, o entre aquéllos, con motivo de los actos derivados de los incisos c) y d) anteriores".

En ese sentido, en Campeche, el 12 de diciembre de 2000, los coordinadores de los grupos parlamentarios y de la representación del Partido del Trabajo presentaron ante el Congreso del estado dos iniciativas de reforma al sistema jurídico. La primera de ellas para reformar diferentes artículos de la Constitución del estado, y la segunda para expedir la ley reglamentaria relacionada con dichas reformas.

Al tener como causa eficiente el cambio al art. 115 constitucional, la modificación a la Constitución campechana fue compleja, abarcando los arts. 54 en sus fracs. XXI (revisión, fiscalización y aprobación de la cuenta pública del estado) y XXII (revisión, fiscalización y aprobación de la cuenta pública de los municipios del estado); 66 (suplencia de un gobernador interino o provisional); 88, IV (control de conflictos entre diversos órganos como facultad del Pleno del Tribunal Superior de Justicia); 102 (declaración del ayuntamiento como órgano de gobierno del municipio); 105 (funciones y servicios públicos de los municipios) y 107 (determinación de la competencia del gobierno del estado y del municipal).

Como se puede ver, el cambio pertinente se dio al art. 88-IV, cuyo motivo específico fue ir más allá de lo declarado por el mandato constitucional federal —de solo conflictos derivados de la materia de la reforma constitucional federal comentada— y ampliar la esfera de competencia del Pleno del Tribunal a otros actores políticos, a lo cual se adhirió la expedición de una la ley reglamentaria.

Por otro lado, el texto de la Constitución estatal, sin hacer referencia alguna al texto federal, e igualmente importante, sin mencionar la naturaleza de la norma jurídica que se vulneraría, se limita a describir las diferentes posibilidades de conflicto —que correspondería resolver al Tribunal Pleno—, a partir de los sujetos. Es así que serán entre: a) el estado y un municipio; b) un municipio y otro; c) un municipio y una sección municipal; d) una sección municipal y otra; e) los poderes Ejecutivo y Legislativo del estado; f) alguno de los anteriores y una entidad paraestatal o paramunicipal; g) dos entidades paraestatales; h) dos entidades paramunicipales; i) una entidad paraestatal y una paramunicipal.

Aquí cabría hacer varias reflexiones: la primera sería la relativa a la naturaleza legal del procedimiento de control mandado desde la Constitución federal a implementar, mediante las legislaturas estatales, al interior de cada entidad federativa, y digo "legal" porque si se revisan los textos referenciados, el conflicto está circunscrito al que se pueda dar entre el gobierno del estado y el municipio o entre los municipios, derivados de una *legislación* emitida por un órgano estatal.

Otra reflexión devendría del texto de la Constitución campechana, que al no hacer referencia al art. 115, ni al marco normativo que pudiera afectarse y generar los conflictos relacionados, deja abierta la posibilidad de que tales conflictos generaran un procedimiento de control constitucional o legal.

Una reflexión más cabría al observar los sujetos que generaran los conflictos; primero porque rebasa la hipótesis del art. 115 constitucional —solo conflictos entre el gobierno del estado y el municipio—, rebasa la hipótesis de los conflictos que pudiera comprender la controversia constitucional federal (que se circunscribiría a conflictos entre el estado y uno de sus municipios), puesto que ya estaría igualmente el resguardo de las figuras de las entidades paraestatales o paramunicipales y los conflictos que pudieran generarse estando estas presentes.

Víctor Manuel Collí Ek

Derecho procesal constitucional (Chiapas)

El derecho procesal constitucional en el estado de Chiapas es producto de la reforma constitucional del 6 de noviembre de 2002, que introdujo diversos instrumentos de tutela judicial de la Constitución estatal.

La reforma hizo posible la existencia de cuatro procesos constitucionales. En primer lugar, se incorporaron las controversias constitucionales en calidad de mecanismos dirigidos a resolver conflictos entre el orden jurídico estatal y el municipal, así como conflictos entre los poderes del estado. En específico, de conformidad con la frac. I del entonces art. 56 de la Constitución estatal, proceden en torno a controversias suscitadas entre el Poder Ejecutivo y Legislativo del estado, entre los municipios, y entre estos y el propio Ejecutivo o Legislativo.

En segundo término, se incluyeron las acciones de inconstitucionalidad, en calidad de procesos autónomos a través de los cuales se confrontan en el plano abstracto dos normas jurídicas, la Constitución estatal y una norma jurídica general, con el objetivo de constatar la regularidad constitucional de esta última. Pueden ejercitarse dentro de los 30 días naturales siguientes a su publicación tanto por el gobernador del estado, el equivalente al 33% de los integrantes del Congreso del estado, el procurador general de Justicia del estado, o el equivalente al 33% de los ayuntamientos de la entidad.

El tercer instrumento procesal es la acción por omisión legislativa, que es igualmente un proceso autónomo por medio de cual se controvierte una omisión legislativa que vulnere la supremacía constitucional. Este mecanismo procede cuando se considere que el Congreso no ha resuelto una ley o decreto, y que la omisión afecta el debido cumplimiento de la Constitución, cuya interposición corresponde al gobernador del estado, el equivalente al 33% de los integrantes del Congreso del estado, o cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos.

El cuarto mecanismo de tutela constitucional es la cuestión de inconstitucionalidad, que tiene como propósito dar respuesta fundada y motivada a las peticiones formuladas por los magistrados o jueces del estado cuando tengan duda sobre la constitucionalidad o la aplicación de una ley local, dentro de un proceso del que tengan conocimiento, las cuales deberán resolverse en un plazo de 30 días.

La reforma constitucional de 2002 confirió la resolución de estos instrumentos procesales a una Sala Superior, que se erigió en el cuerpo colegiado

de mayor jerarquía al interior del Poder Judicial del estado, integrado por siete magistrados, que debería funcionar exclusivamente en pleno para garantizar la supremacía de la Constitución.

Una nueva reforma constitucional publicada el 2 de mayo de 2007 modificó, entre otras cosas, al órgano de control, sustituyendo la Sala Superior por un Tribunal Constitucional integrado por tres magistrados, aunque una nueva reforma de 2008 elevó su número a cinco integrantes del pleno.

El Tribunal es el máximo órgano del Tribunal Superior de Justicia, y por tanto, del Poder Judicial, debe funcionar exclusivamente en pleno, y sus decisiones serán tomadas por mayoría de votos. Sus magistrados son nombrados por el Congreso del estado o por la Comisión Permanente, a propuesta del gobernador, mediante el voto de las dos terceras partes del total de sus miembros, dentro de un plazo que no exceda los siete días hábiles a partir del momento en que se reciban las propuestas, no se exige ninguna calificación especial para ser magistrado en relación a los que se solicitan para los demás magistrados del Pode Judicial. Los magistrados duran en su encargo nueve años sin poder ser designados para un nuevo periodo.

Una nueva reforma publicada el 25 de julio de 2011, subrayó que al Tribunal Constitucional le corresponde garantizar la supremacía y control de la Constitución mediante su interpretación, siempre y cuando no sea contraria a lo establecido en el art. 133, último párrafo, de la Constitución general de la República, ni a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Así mismo, tuvo como propósito reubicar los procesos constitucionales en el art. 64 constitucional.

Finalmente, la reforma constitucional de 16 de agosto de 2013 estableció la legitimación procesal de la Comisión Estatal de los Derechos Humanos para interponer acciones de inconstitucionalidad en el ámbito de sus competencias.

César Astudillo

Derecho procesal constitucional (Chihuahua)

El estado de Chihuahua es parte del Estado federal mexicano desde 1924; en consecuencia desde ese año y con excepción del período centralista del país (1836-1847), ha ejercido su autonomía interna con sendas Constituciones de los años de 1825, 1848, 1858, 1887, 1921 y la vigente de 1950. No obstante lo anterior, el constitucionalismo chihuahuense históricamente careció de instrumentos procesales de defensa constitucional, pues como se verá a continuación, en términos generales no se establecieron garantías constitucionales hasta 1921, y aún después de esa fecha en la práctica han sido formulas vacías, carentes de reglamentación, al menos hasta 2013. En efecto, en las Constituciones del siglo XIX solo podemos encontrar como incipientes preceptos de defensa constitucional, como es el caso de un control político indeterminado por parte del Congreso, en la Constitución de 1825 (art. 122 y 123), y en la de 1848 (art. 175), sin que se haya expedido ley reglamentaria ni se tenga conocimiento de haber ejercido tal facultad. En las Constituciones de 1858 y 1887 encontramos ya definido de manera clara el juicio político en los arts.

88 y 89 (1848) y 134 (1887). Ya en el marco de nuestra Constitución general vigente de 1917, la Constitución de Chihuahua de 1921 establece por vez primera genuinos institutos de derecho procesal constitucional, como fueron el denominado *"queja"* contemplado en el art. 10 en los siguientes términos: "art. 10. Cualquier persona, en cuyo perjuicio se viole alguna de las garantías expresadas en los arts. 5 al 9 de esta Constitución, podrá ocurrir en queja contra la autoridad infractora ante el Supremo Tribunal de Justicia del Estado, el que hará cesar el agravio e impondrá a la autoridad responsable la pena correspondiente. La ley reglamentará el ejercicio de este derecho". Además de lo anterior, el art. 102 en su frac. III, otorgaba al Supremo Tribunal de Justicia la facultad de "Dirimir los conflictos que surjan entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo del Estado, siempre que no sean de carácter político ni de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación". En este sentido, podemos afirmar que la figura mencionada corresponde a una controversia constitucional de índole local, pues aun cuando no se defina de esa forma, el hecho de que excluya los conflictos políticos y aquellos de orden jurídico que puedan ser de competencia de la Corte nos autoriza a pensar que se tratarán conflictos de orden jurídico local, que por referirse a los poderes públicos nos remiten de manera ineludible a la Constitución. En este sentido, la Constitución vigente de 1950 en su texto original no varía sustancialmente la redacción de estas dos instituciones procesales, salvo que las controversias se remiten en sus términos al art. 109, frac. III del nuevo texto constitucional. No obstante lo anterior, mediante reforma del 28 de septiembre de 1994 se realizó una revisión general de la Constitución, misma que materialmente se tradujo en una nueva Constitución, ya que planteó cambios fundamentales, entre los que cabe desatacar que "La protección jurídica de la vida humana desde el momento de la concepción", además de que se prohíbe la pena de muerte en el estado y se reconocen los derechos de los pueblos indígenas; además de lo anterior, y respecto a la materia que tratamos, en el art. 36 se crea el Consejo Estatal de Elecciones, y en el art. 37 el Tribunal Estatal de Elecciones con facultades este último para "resolver en definitiva e inatacablemente las impugnaciones que se presenten en materia electoral…"; además el art. 109, en diversas frac., contempla la facultad del Supremo Tribunal de Justicia para resolver lo que consideramos controversias constitucionales en los siguientes términos: "XIII. Dirimir los conflictos que surjan entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo del Estado, siempre que no sean de la competencia de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación"; como puede observarse, en esta ocasión, a diferencia del texto original, se excluye también la competencia que pudiera actualizarse para el Senado de la República; además de lo anterior, en las dos frac. subsecuentes establece: "XIV. Resolver las controversias que se susciten entre los ayuntamientos y el Congreso del Estado", y "XV. Resolver los conflictos que se susciten entre dos o más municipios de la entidad, así como entre los municipios y el Ejecutivo del Estado, en los términos que disponga la ley". En virtud de lo expuesto hasta aquí, en el estado de Chihuahua desde 1994 existen contempladas a nivel constitucional las controversias constitucionales locales; sin embargo, cabe aclarar que hasta el momento en que se escribe el

presente trabajo no ha existido la voluntad política para reglamentarlas y, en consecuencia, no se han puesto en práctica; lo mismo acontece con la figura de la *"queja"*, misma que con la reforma de 1994 pasó al art. 200 en términos similares a la redacción original, ya que solo cambian los numerales que se refieren a los derechos fundamentales protegidos. Al respecto, y por lo que se refiere al recurso de *"queja"*, consideramos como hipótesis que la falta de reglamentación obedece a lo rígido de su redacción, pues habla de imponer una *"pena"* a la autoridad que violente un derecho fundamental, y esto nos parece excesivo, pues salvo el caso de que efectivamente, la autoridad al violar un derecho fundamental de manera simultánea cometa un delito, los efectos del recurso no deben involucrar la materia penal. Ahora bien, en la actualidad, y con motivo de la reforma a la Constitución general en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, y de la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del expediente varios 912/2010, del 11 de enero de 2013, y con la finalidad de dar mayor uniformidad a los criterios judiciales de los juzgadores locales, así como certeza jurídica sobre la inaplicación de las normas jurídicas, en vía de control difuso de constitucionalidad-convencionalidad, se reformaron los arts. 104 y 105 de la Constitución local, para crear una "Sala de Control Constitucional", compuesta por un magistrado especializado en la materia, y dos magistrados (uno penal y otro civil) del supremo tribunal, seleccionados por el pleno por un periodo de un año para efectos de integrar la Sala de Control Constitucional, a la cual, de acuerdo con el art. 105 de la Constitución, le corresponde "… la revisión de las resoluciones de los jueces de primera instancia y de las salas unitarias del Supremo Tribunal de Justicia, mediante las cuales se determine la inaplicación de las normas jurídicas, por considerarlas contrarias a los contenidos de la Constitución Política del estado, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de los tratados internacionales celebrados y ratificados por el Estado Mexicano, con arreglo a esta última". Cabe hacer mención que el mismo artículo señala que "Cuando la inaplicación a que se refiere el párrafo anterior la determinen las salas colegiadas del Supremo Tribunal de Justicia, las atribuciones de la Sala de Control Constitucional serán ejercidas directamente por el pleno". Respecto a esta última reforma, si bien entró en vigor el 30 de junio de 2013, acompañada de una ley reglamentaria del art. 105 y diversas reformas a la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado, a la fecha (septiembre de 2013) no se ha llevado a cabo el proceso de selección del magistrado especializado y de los demás integrantes de la Sala de Control, por lo que la misma no ha entrado en funciones.

Júpiter Quiñones Domínguez

Derecho procesal constitucional (Coahuila)

El derecho procesal constitucional o justicia constitucional —como ha preferido llamarle la propia Constitución local— en el estado de Coahuila de Zaragoza surge al menos normativamente hablando con la reforma constitucional publicada el 13 de octubre de 2001, o en la que se modificó el art. 158; en él se concibe a la justicia constitucional como un medio de control para mantener

la eficacia y actualización democrática de la ley fundamental del estado, bajo el principio de supremacía constitucional.

De esta forma, Coahuila pasó a formar parte del primer grupo de entidades —como Veracruz, Tlaxcala y Chiapas— que desde 2000 decidieron elegir al derecho procesal constitucional como un instrumento para garantizar su Constitución desde el interior del propio sistema jurídico; la modificación constitucional mencionada se vio terminada el 12 de julio de 2005, fecha en la que se publicó Ley de Justicia Constitucional local para el estado de Coahuila de Zaragoza —en delante Ley Reglamentaria—; en ella se regulan de manera detallada los mecanismos de protección, procedencia y la forma de sustanciación.

En principio, conviene apuntar que el constituyente señaló como tribunal constitucional al pleno del Tribunal Superior de Justicia —en delante Pleno—, dotándolo así de las competencias en materia de control de constitucionalidad; es decir, el pleno actuará en su carácter de máximo garante de la Constitución cuando conozca de alguno de los procedimientos que adelante se explicarán, el Tribunal Superior de Justicia, de acuerdo con el art. 136 de la Constitución, se compone por 14 magistrados; sin embargo, la Ley Orgánica señala que al pleno lo integran 12 magistrados —el presidente del Tribunal—, 10 magistrados numerarios de las Salas que residan en la capital del estado y el presidente de la Sala Auxiliar con jurisdicción en los distritos judiciales de Viesca y San Pedro.

En torno a los mecanismos o instrumentos de control, el primer aspecto importante a destacar es el control difuso que autoriza el tercer párrafo del art. 158 de la Constitución, y establece que los jueces del estado puedan desaplicar la norma al caso en específico que de acuerdo con sus competencias estén conociendo, cuando adviertan —de oficio o a petición de parte— que una de las leyes a aplicar es contraria a la Constitución local, incluso señala la Ley Reglamentaria que pueden realizar interpretación conforme para salvar el vicio de inconstitucionalidad.

Un segundo punto es la introducción de la duda o cuestión de inconstitucionalidad, que tiene como objetivo que la autoridad judicial o administrativa pueda plantearle al pleno la posible contradicción de una norma general que esté aplicando con motivo de sus atribuciones bien sea porque lo advirtió oficiosamente o porque así se lo plantearon las partes, para que una vez que el pleno estudie y resuelva pueda pronunciarse con seguridad sobre la aplicabilidad de la ley; por lo que ve a su procedencia, se limita a dos supuestos: a) que se trate de un asunto trascendente o importante a juicio del propio pleno, y b) que previamente algún juez ordinario haya declarado la inaplicación de una ley; es decir, aquí la duda se convierte en una especie de revisión al control difuso de constitucionalidad, situaciones que estimamos algo desacertadas, ya que la esencia de la duda de inconstitucionalidad es precisamente la de acudir a un ente especializado con la finalidad de que despeje las posibles interrogantes de la norma a aplicar; se trata pues de un acto previo a su aplicación, y no un recurso sobre la desaplicación de normas.

En tercer término, la justicia constitucional de Coahuila la componen las acciones de inconstitucionalidad, que junto con las controversias constitucio-

nales es uno de los instrumentos más característicos de los sistemas de justicia constitucional, en el caso este mecanismo tiene no solamente como propósito denunciar la posible contradicción entre prácticamente cualquier norma general que se expida dentro del estado —leyes, reglamentos, acuerdos, bandos, etcétera—, sino también las omisiones normativas de carácter legal o reglamentaria en que ocurran los órganos obligados a expedirlas.

En ese sentido, por lo que ve al tema de la legitimación para el ejercicio de esta acción, podemos decir que es amplia, pues por una parte se le faculta al Ejecutivo del estado, al 10% de los integrantes del Poder Legislativo y de los integrantes de los ayuntamientos, a los organismos públicos autónomos, y por la otra igualmente puede ocurrir cualquier persona cuando se trate de la protección de sus derechos fundamentales, y los partidos políticos nacionales y estatales con registro; presentada pues la acción y sustanciado el procedimiento, y en caso de que el pleno estime que la norma impugnada resulta constitucional, deberá tomar esa decisión por mayoría absoluta, y los efectos serán la invalidez o bien la condena para que la autoridad omisa cumpla con expedir la norma.

El cuarto mecanismo es la controversia constitucional que se plantea con motivo de conflictos orgánicos competenciales entre alguno de los poderes del estado, algún poder del estado con municipios o entidades paraestatales, entre municipios o entre éstos y entidades paraestatales, o bien entre éstas y aquellos que se presenten con uno o más organismos autónomos y otro u otros órganos estatales o municipales. De esta forma, el pleno, al resolver, deberá indicar a qué ente le corresponde la competencia en conflicto, y la resolución tendrá efectos generales cuando se refiera a disposiciones generales; en los demás casos será solo entre las partes.

Finalmente, como quinto instrumento resulta importante destacar el control previo de constitucionalidad, el cual únicamente lo puede accionar el gobernador del estado, quien ejerce su derecho de veto y si así lo desea, al mismo tiempo promueve acción de inconstitucionalidad en su modalidad de control previo, pues solicita la opinión del pleno del Tribunal Superior de Justicia; es decir, la única forma de solicitar el control previo es porque en principio el Ejecutivo hizo efectivo su derecho de veto; aquí el Congreso del estado puede, sí lo decide, suspender la continuación del procedimiento legislativo en espera de la opinión vinculante del Tribunal, la cual debe producirse en breve término, pero si el Congreso por mayoría absoluta de votos decide no suspender el procedimiento legislativo, lo hará saber al Poder Ejecutivo y al Tribunal Superior de Justicia del estado, quien declarará sin materia la solicitud de opinión.

José Manuel Chavarín Castillo

Derecho procesal constitucional (Costa Rica)

I. Hito histórico. La ley de la Jurisdicción Constitucional, núm. 7135, del 11 de octubre de 1989, fue el primer Código Procesal Constitucional vigente en América Latina.

Esta ley regula todos los institutos que conforman el derecho procesal constitucional costarricense, a saber: el recurso de *hábeas corpus*, el recurso de

amparo en su doble modalidad de amparo contra autoridades públicas y de amparo contra particulares, los diversos procesos de control de constitucionalidad (acción de inconstitucionalidad, consulta legislativa de constitucionalidad, consulta judicial de constitucionalidad, veto por razones de inconstitucionalidad) y los conflictos de atribuciones entre los órganos fundamentales del Estado; es decir, la denominada jurisdicción constitucional orgánica. También ha sido pionera en el control de convencionalidad adelantándose 17 años a la sentencia de Almonacid *vs.* Chile de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sentó las bases para el control de convencionalidad interno en los países de nuestro continente. En efecto, los arts. 1o. y 2o. de la Ley de la Jurisdicción Constitucional consagran el control de convencionalidad junto al de constitucionalidad sobre la legislación interna.

II. Jurisdicción constitucional concentrada. El sistema de jurisdicción constitucional costarricense, a diferencia de la mayoría de los países latinoamericanos, es completamente concentrado. El conocimiento y resolución de todos los procesos constitucionales, sin excepción alguna, está atribuida a la Sala Constitucional, la cual forma parte del Poder Judicial y está integrada por siete magistrados, elegidos por dos terceras partes de los votos del total de miembros de la Asamblea Legislativa.

La Sala Constitucional conoce de todos los procesos constitucionales en única instancia, y sus sentencias son de vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma. Es el único Tribunal en nuestro ordenamiento que puede autofijarse su propia competencia.

III. La jurisdicción constitucional de la libertad. Siguiendo la feliz terminología acuñada por Mauro Cappelletti en su tesis doctoral en Alemania a mediados de los años cincuenta y luego acogida entusiastamente tanto por la doctrina europea, como latinoamericana, en Costa Rica forman parte de ella el recurso de *hábeas corpus* contra autoridades públicas, el recurso de amparo contra autoridades públicas, el recurso de amparo contra particulares y las diversas modalidades de control de constitucionalidad cuando en tales procesos se invoque la violación de derechos fundamentales.

1. *El recurso de hábeas corpus.* Procede para garantizar la libertad e integridad personales, contra los actos y omisiones que provengan de una autoridad de cualquier orden, incluso judicial, contra las amenazas a esa libertad y las perturbaciones o restricciones que respecto de ellas establezcan indebidamente las autoridades, lo mismo que contra las restricciones ilegítimas al derecho de trasladarse de un lugar a otro de la República y de libre permanencia, salida e ingreso en su territorio.

Es decir, el recurso de *hábeas corpus* tutela la libertad de personal, la integridad personal y la libertad de tránsito cuando el acto o la amenaza de violación provengan de cualquier autoridad pública, incluidas las judiciales.

Las sentencias estimatorias declaran también la responsabilidad en abstracto del Estado y el interesado debe acudir a la vía contencioso-administrativa a liquidar los daños y perjuicios sufridos como consecuencia directa del acto lesivo de sus derechos fundamentales tutelados por este proceso constitucional.

2. *El recurso de amparo contra autoridades públicas*. El recurso de amparo garantiza los derechos y libertades fundamentales, salvo los protegidos por el *hábeas corpus*.

Procede contra toda disposición, acuerdo o resolución, y en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en acto administrativo eficaz, de los servidores y órganos públicos, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos.

El amparo procede no solo contra los actos arbitrarios, sino también contra las actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas.

El amparo costarricense tiene la particularidad de que no procede contra resoluciones judiciales ni del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral y el auto que le da trámite suspende la ejecución de los efectos de la conducta impugnada, salvo que la Sala considere que, por evidentes razones de interés público, se deba mantener su ejecución.

El parámetro de constitucionalidad en los procesos de amparo, en sus dos modalidades, está constituido no solo por las libertades y derechos fundamentales consagrados en la Constitución, sino también por los reconocidos por los instrumentos internacionales vigentes en la República. En aplicación del principio de preferencia de normas que sanciona el art. 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando una norma contenida en un tratado o convenio sobre derechos humanos brinda mayor protección al amparado que las disposiciones constitucionales en la misma materia, la Sala Constitucional aplica la primera.

Las sentencias estimatorias, al igual que en el recurso de *hábeas corpus*, condenan al órgano recurrido en abstracto al órgano o ente recurrido al pago de los daños y perjuicios sufridos por el amparado como consecuencia directa del acto conculcatorio anulado.

3. *El recurso de amparo contra particulares*. El recurso de amparo contra sujetos de derecho privado procede contra las acciones u omisiones de aquellos cuando actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o se encuentren de hecho o de derecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales de los recurrentes. No se pueden acoger en sentencia recursos de amparo contra conductas legítimas del sujeto privado.

La sentencia estimatoria también condena en abstracto al sujeto recurrido al pago de los daños y perjuicios irrogados al recurrente como consecuencia directa de la aplicación del acto lesivo.

4. *Las diversas modalidades de control de constitucionalidad cuando su fundamento sea la violación de derechos fundamentales*. También forman parte de la jurisdicción constitucional de la libertad, los procesos de control de constitucionalidad en que la conducta omisiva sea violatoria de un derecho fundamental. En el próximo acápite analizaremos con más detalle cada uno de esos procesos constitucionales.

IV. Las diversas modalidades del control de constitucionalidad. Nuestro ordenamiento procesal constitucional consagra cuatro modalidades

de control: l) la acción de inconstitucionalidad; 2) la consulta legislativa de constitucionalidad; 3) la consulta judicial de constitucionalidad, y 4) el veto por razones de inconstitucionalidad.

1. *La acción de inconstitucionalidad.* Presenta dos modalidades procesales para ejercitarla: la vía incidental y la vía de acción. Por medio de la primera, se puede plantear una acción de inconstitucionalidad dentro de un proceso judicial o en el procedimiento tendente al agotamiento de la vía administrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable para amparar el derecho o interés que se considere lesionado.

No es necesario el caso previo pendiente de resolución cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos, o que atañen a toda la colectividad en su conjunto.

Por vía de acción, están legitimados para plantear la acción el contralor General de la República, el procurador general de la República, el fiscal general de la República y el Defensor de los Habitantes.

Procede la acción de inconstitucionalidad contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, contra los actos subjetivos de las autoridades públicas, cuando infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, siempre que tales conductas no sean susceptibles de ser impugnadas por medio de los recursos de *hábeas corpus* o amparo, cuando en el procedimiento de aprobación de las leyes se viole un trámite sustancial regulado por el Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa, cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de normas constitucionales de procedimiento, cuando una ley o disposición general viole un tratado o convenio internacional vigente, cuando en la suscripción, aprobación o ratificación de los convenios internacionales, o en su contenido o efectos se haya infringido una norma o principio constitucional, o en su caso, del Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa. En este caso la declaratoria se hace solamente para los efectos de que se interpreten y apliquen en armonía con la Constitución, o, si contradicción con ella resultare insalvable, se ordene su desaplicación con efectos generales y se proceda su denuncia y contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas.

Las sentencias estimatorias producen cosa juzgada material y eliminan la norma o acto del ordenamiento. La declaración de inconstitucionalidad tiene efecto declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia del acto o de la norma, todo sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. Sin embargo, la sentencia constitucional de anulación puede graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo o la materia, su efecto retroactivo, y dictar las reglas necesarias para evitar que éste produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz social.

2. *La consulta legislativa de constitucionalidad*. Es una modalidad de control de constitucionalidad a priori, semejante al modelo francés.

La consulta legislativa de constitucionalidad puede ser preceptiva o facultativa. Se incluyen dentro de la primera hipótesis los proyectos de reforma constitucional, los de reforma a la Ley de la Jurisdicción Constitucional y los

tendentes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros.

Facultativamente, la consulta se puede plantear respecto de los proyectos de ley ordinarios, de la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos, o de reformas al Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa.

En todos los casos la consulta debe ser formulada por al menos 10 diputados, y debe presentarse, en el caso de los proyectos de ley ordinarios y de leyes de aprobación de convenios o tratados internacionales, luego de su aprobación en primer debate y antes de ser votados en el segundo. En el caso de las reformas constitucionales, la consulta se debe formular luego de la aprobación del proyecto en primera legislatura y antes de la definitiva.

El Defensor de los Habitantes está legitimado para plantear la consulta cuando considere que el proyecto en cuestión infringe derechos o libertades fundamentales reconocidos por la Constitución o por instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en la República.

El dictamen que rinda la Sala Constitucional solo es vinculante cuanto establezca la existencia de trámites inconstitucionales en el proyecto consultado.

3. *La consulta judicial de constitucionalidad*. Todo juez está legitimado para consultarle a la Sala Constitucional cuando tuviera dudas sobre la constitucionalidad de una norma o de un acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento.

Los efectos de las sentencias estimatorias son iguales a las que vierta la Sala en las acciones de inconstitucionalidad.

4. *El veto por razones de constitucionalidad*. Cuando el Poder Ejecutivo interpone el veto por razones de constitucionalidad contra un proyecto de ley, el conflicto entre ambos poderes debe ser resuelto por la Sala Constitucional. Si la Sala determina que el proyecto consultado es total o parcialmente inconstitucional, la Asamblea Legislativa deberá desechar la parte del proyecto declarada inconstitucional y continuar con el trámite del resto del articulado. Sí, por el contrario, la Sala no encontrara ningún vicio de inconstitucionalidad en el proyecto consultado, entonces el órgano parlamentario tiene carta libre para continuar con la tramitación del veto.

V. La jurisdicción constitucional orgánica. Le corresponde a la Sala resolver los conflictos de competencia entre los poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, o entre cualquiera de ellos y la Contraloría General de la República. Asimismo, debe resolver los conflictos de competencia o atribuciones constitucionales entre cualquiera de los poderes u órganos dichos y las entidades descentralizadas, municipalidades u otras personas de derecho público, o los de cualquiera de éstas, entre sí.

VI. El control de convencionalidad. Los arts. 1o. y 2o. de la Ley de la Jurisdicción Constitucional habilitan a la Sala Constitucional para ejercer el control de convencionalidad. En efecto, el art. 1o. establece que "La presente ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del derecho internacional o comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación…". El art. 2o., por su parte, dispone que "Le corresponde

específicamente a la jurisdicción constitucional: a)…b) ejercer el control de constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el derecho internacional o comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad".

De la lectura de ambas normas se desprende que nuestro ordenamiento procesal constitucional consagra un auténtico control de convencionalidad, solo que se utilizan los diversos procesos de control de constitucionalidad para ejercerlo.

VII. Conclusiones. La primera conclusión es que nuestra Ley de la Jurisdicción Constitucional fue el primer código en nuestra materia en el ámbito latinoamericano, pues constituye un cuerpo normativo sistemático que regula los diferentes institutos procesales que integran nuestra materia. En la primera parte contiene normas generales que consagran una auténtica jurisdicción especial, sujeta a principios procesales propios. Verbigracia, la vinculatoriedad *erga omnes* de la jurisdicción constitucional, la competencia de la Sala Constitucional para autodeterminar su propia competencia, la potestad de anular sus propias resoluciones de oficio, etcétera.

En segundo lugar, la jurisdicción procesal constitucional es una de las más amplias que existen en el derecho comparado, prácticamente abarca todos los institutos procesales conocidos en la materia.

En tercer lugar, pareciera necesaria una reforma a corto plazo para eliminar el monopolio de la Sala Constitucional y crear tribunales especializados en materia de *hábeas corpus* y amparo, de manera que la Sala siga ejerciendo el control de constitucionalidad en sus diversas modalidades, la jurisdicción constitucional orgánica y el control de convencionalidad. En la actualidad, la Sala no puede resolver con profundidad jurídica y prontitud la cantidad excesiva de recursos que recibe, lo que ha implicado, en la *praxis*, que haya sacrificado la calidad en aras de la cantidad de recursos resueltos. Además, los tiempos de resolución lógicamente se han ensanchado en detrimento de una justicia pronta y cumplida.

Y es sabido que una jurisdicción constitucional lenta, deja de ser tal, pues la tutela de los derechos fundamentales debe ser inmediata.

Rubén Hernández Valle

Derecho procesal constitucional (Durango)

Debido a que en el estado de Durango, a lo largo de su historia constitucional, no se creó un sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad, sino hasta 2013, es lógico suponer, y de hecho así ha sucedido, que no hubo un desarrollo del derecho procesal constitucional, ni en el aspecto dogmático ni en el aspecto práctico procesal.

En efecto, al hacer un repaso del contenido de sus Constituciones nos podemos dar cuenta de que en las asambleas constituyentes no se tuvo la concepción de consagrar un sistema en el que se previera qué órgano u órganos judiciales se encargarían de realizar la defensa del principio de supremacía

constitucional ni a través de qué medios, pues la atención se centró en otros temas, por lo que se ha hecho uso de instrumentos como el amparo federal para llevar a cabo la defensa de la ley fundamental local. No obstante, hubo la oportunidad de hacerlo con la propuesta que se hizo en 1999, pero al año siguiente solo se consagraron disposiciones aisladas que no constituyeron un sistema.

El estado de Durango surgió como entidad federativa el 22 de mayo de 1824, y reafirmó su estatus en la Constitución federal de ese mismo año. En calidad de estado de la Federación mexicana expidió su primera Constitución en 1825, en la que se estableció la división de poderes y un Congreso bicameral que tenía la atribución de interpretarla y hacer su defensa mediante el procedimiento de responsabilidades en el que tenía intervención el Consejo de Gobierno. Como consecuencia de que los centralistas tomaron el poder, la Constitución federal dejó de tener vigencia, y por tanto, también las Constituciones locales, sin embargo, una vez que retomaron el mando los federalistas, entró en vigor nuevamente la Constitución de 1825, pero por reformas de gran trascendencia fue que desaparecieron el Senado local, el cargo de vicegobernador y el Consejo de Gobierno, aunado a que se creó el llamado Poder Electoral, se expidió la Constitución Reformada de Durango de 1847, durante su vigencia se utilizó por primera vez el padrón electoral. Luego en 1857, como resultado de la Revolución de Ayutla se expidió otra Constitución, por lo que Durango hizo lo propio y consagró asimismo un catálogo de derechos fundamentales, además se modificaron algunos aspectos en cuanto a la integración de los poderes públicos. En 1863, se expidió la Constitución más liberal, en la que se invocó ya no a "Dios todopoderoso", sino a la "razón augusta", y se reguló el procedimiento de responsabilidades. Finalmente, en 1917 se creó la Constitución vigente, respecto a la cual dirigiremos los comentarios que restan.

A la Constitución Política local en vigor se le han hecho múltiples reformas, de las cuales dos han sido integrales, la de 1973 y la de 2013. Como se mencionó con antelación, fue en 2000 cuando se consagraron algunas disposiciones aisladas sobre el control de constitucionalidad, como el art. 96, frac. XI constitucional, que dio competencia al Tribunal Superior de Justicia para resolver los conflictos que surgieran entre los ayuntamientos y los poderes del estado, con excepción de las controversias constitucionales previstas en el art. 105, frac. I, inciso *i,* de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En tal virtud, se impulsó la creación de un sistema de control de constitucionalidad, incluso antes que Veracruz; empero, no tuvo eco la propuesta, y solo se consagró en la norma en términos muy generales que el Tribunal Superior de Justicia sería el encargado de hacer la defensa de la Constitución, lo cual era por sí mismo importante, pero no hubo un cúmulo de disposiciones que consagraran un conjunto de medios de control de constitucionalidad, además en relación con la disposición constitucional antes citada no se legisló al respecto.

En 2013, como producto de la reforma integral a que se ha hecho alusión, fue cuando se estableció un sistema que comprende principios, instituciones

y medios de control de constitucionalidad, lo cual constituyó un significativo avance para el constitucionalismo duranguense, es decir, se creó una "Sala de Control Constitucional" compuesta por tres magistrados, así como diversos medios de control de constitucionalidad.

Para su expedición hubo una consulta ciudadana, que duró varios meses, y en el tema que nos ocupa, primero se trabajó en su inclusión en la convocatoria, puesto que inicialmente no lo contenía en forma expresa; después en el modo de consagrarlo en la Constitución Política local.

La propuesta más técnica consistió en que fuera un órgano extrapoder e integrado por profesionales del derecho especializados en la materia, sin embargo, se adujeron razones presupuestales para que fuera una Sala del Tribunal Superior de Justicia del Poder Judicial y que miembros del mismo serían quienes la integraran, lo cual así quedó establecido en el texto constitucional.

En cuanto a los medios de control de constitucionalidad, se consagraron los siguientes: *a)* Las controversias constitucionales, que tienen por objeto "resolver los conflictos de carácter competencial que surjan entre diferentes instancias y niveles de gobierno, con excepción en la materia electoral…"; *b)* Las acciones de inconstitucionalidad, cuyo objeto es "plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general, estatal o municipal", y la Constitución local, y *c)* Las acciones por omisión legislativa "cuando se considere que el Congreso del Estado o algún Ayuntamiento no ha aprobado alguna norma de carácter general que expresamente esté mandatado emitir y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento…" de la Constitución.

Hasta el momento de redactar estos comentarios no se ha expedido el código procesal constitucional, respecto del cual no se hizo alusión expresa en los artículos transitorios de la reforma constitucional aludida, sino que genéricamente se dijo que para expedir la legislación reglamentaria por parte del Congreso estatal se concedía un plazo de hasta tres años, salvo la ley que regularía al Instituto de Evaluación de Políticas Públicas, que se expediría en noventa días, y la que regularía a la Comisión Anticorrupción, que sería de 180 días posteriores a la fecha de entrada en vigor de la Ley Federal correspondiente.

Finalmente, como disciplina autónoma, el derecho procesal constitucional, solo hasta la primera década del siglo XXI se incluyó dentro de los planes de estudio de la carrera de derecho, así como en los estudios de posgrado en las diferentes universidades de la entidad federativa; sin embargo, se han dirigido predominantemente al derecho procesal constitucional federal. No obstante, luego de la reforma constitucional mencionada, es de esperarse que se enfoquen también al estudio del derecho procesal constitucional estatal y que se desarrolle doctrina propia del estado de Durango.

Miguel Ángel Rodríguez Vázquez

Derecho procesal constitucional (Ecuador)

En el Ecuador el desarrollo del derecho procesal constitucional puede situarse en el siglo XXI, con esta denominación y su depurado contenido. Desde luego, no fueron desconocidos —en la segunda mitad del siglo XX— los mecanis-

mos procesales de carácter específico que eran necesarios para interponer una acción de inconstitucionalidad contra una ley u otras normas jurídicas o bien para exigir el cumplimiento de las llamadas "garantías constitucionales" que englobaban a los derechos fundamentales y a las garantías jurisdiccionales.

En efecto, cuando por vez primera en el Ecuador se crea el Tribunal de Garantías Constitucionales en la carta magna de 1945 —de poca duración— y se lo reafirma en la Constitución de 1967 (y en las posteriores), podemos decir que echaron raíces los procesos de carácter constitucional que necesitaron de leyes específicas para su adecuada regulación.

A este ordenamiento jurídico que fue surgiendo —a partir de la norma constitucional— con sus procedimientos ante la jurisdicción constitucional y también ante la ordinaria, se la recogió en la denominada justicia constitucional, materia de común aceptación en nuestro medio bajo la influencia de España y Latinoamérica. El autor de este artículo publicó su *Manual de justicia constitucional ecuatoriana en* 2004, dentro de una serie de obras auspiciadas por la Unión Europea y la Universidad Carlos III de Madrid, bajo el epígrafe de *Fortalecimiento de la justicia constitucional en el Ecuador*. Además, todos recordaremos que Kelsen concibió a la justicia constitucional como la garantía jurisdiccional de la Constitución.

Sobra decir que en el Ecuador la disciplina jurídica de derecho procesal constitucional no ha logrado afianzarse por la inestabilidad político-constitucional. La actual Constitución de 2008 ha ampliado las acciones de inconstitucionalidad y sobre todo las garantías jurisdiccionales, materias recogidas en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (véase Corte Constitucional del Ecuador).

En esta sección nos referiremos a las garantías jurisdiccionales, instrumentos protectores de los derechos humanos a los cuales la Constitución vigente buscó fortalecer, incluso aumentó a seis su número, cosa que no era indispensable, pues la garantía del amparo puede abarcar a otras. Cuatro de estas garantías se inician y resuelven ante jueces ordinarios, vale decir, ante jueces que no tienen la especialidad necesaria (la procesal constitucional); cuestión que acusa deficiencia. Veámoslas.

Acción de *hábeas corpus*: esta tradicional garantía —elevada a rango constitucional en 1929— está concebida con los parámetros amplios que le da el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Así, no solamente protege la libertad física de la persona, sino también su integridad y la vida misma de quien está privado de libertad. Si se verifica la existencia de tortura, trato inhumano, cruel o degradante, el juez puede disponer la libertad y adoptar otras medidas (art. 89). Esta acción se la presenta ante un juez ordinario; anteriormente se la hacía ante la primera autoridad municipal (alcaldes).

En posibles casos de desaparición forzada —y bajo ciertos indicios—, el juez debe convocar a una audiencia al representante máximo de la policía nacional y al ministro competente para escuchar y adoptar las medidas que permitan ubicar a la persona y a los responsables de la privación de libertad (art. 90).

Acción de hábeas data: conoce el juez que sale sorteado —de modo general—. Tiene el contenido que la doctrina le confiere: el derecho de una

persona a conocer la existencia y acceder a los documentos, bancos de datos, archivos, datos genéticos, informes sobre sí o sobre sus bienes, los cuales pueden reposar en instituciones públicas o privadas, en soporte material o electrónico. También la persona puede conocer el uso y otros aspectos, y solicitar la actualización de los datos, o pedir la rectificación o eliminación y puede demandar por los perjuicios causados (art. 92). El Ecuador introdujo el *hábeas data* en las reformas constitucionales de 1995, junto con el amparo.

Acción de protección, denominación que la actual Constitución da al amparo, acción que debe conocer un juez ordinario, y como corresponde a su naturaleza, busca evitar la violación de derechos fundamentales no solo por actos u omisiones de autoridad pública, sino también de personas particulares. Este último punto ha sido ampliado en este texto constitucional (art. 88). Otra novedad es que esta acción puede interponerse contra políticas públicas (cuestión que entraña riesgos).

Se debe señalar que la acción de protección (o amparo), tal como está establecida en la norma constitucional, es amplia, no determina límites; sin embargo, la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional procede en forma arbitraria a recortar su alcance y la reduce a los casos en que no exista otra vía judicial, razón por la cual se rechazan constantemente las acciones de protección, y los jueces disponen acudir a la vía contencioso administrativa, donde un litigio dura aproximadamente entre tres y cinco años. Obviamente, en estas condiciones no existe el recurso a una acción expedita, sencilla y rápida que exige el art. 25 de la Convención Americana sobre DD.HH.

Acción extraordinaria de protección (amparo). Es una nueva y controvertida acción establecida en dos preceptos constitucionales que no coinciden (arts. 94 y 437), que debe ser interpuesta ante la Corte Constitucional en contra de sentencias o autos definitivos (también de "resoluciones con fuerza de sentencia", según art. 437) que violen "por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución" (art. 437), lo que le da un contenido amplio que permite el abuso de esta acción, no obstante los requisitos exigidos por las normas constitucionales en particular, el que el actor haya agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que no los haya podido interponer por motivos ajenos a la negligencia.

El art. 437 de la Constitución señala expresamente que esta acción extraordinaria de protección la pueden presentar los ciudadanos en forma individual o colectiva. Esta acción trajo consigo una acumulación de procesos en la Corte Constitucional, de juicios que anteriormente concluían con el recurso de casación ante la Corte Nacional (ex Corte Suprema), lo que significa una duración mayor de los litigios; un cambio del concepto de cosa juzgada, entre otras complicaciones. Vale anotar que los países que tienen el amparo contra sentencias (casos de España, Colombia, Perú) no son casos similares, porque el sistema de amparo que tienen aquellos países es de carácter residual o subsidiario. En cambio, el Ecuador ha tenido una acción de amparo, hoy de protección, demasiado amplia, y que tal vez por eso mismo lo limitó la ley pertinente sentando el mal ejemplo de atropellar a la Constitución.

La acción por incumplimiento (que no es la DE incumplimiento), debe ser interpuesta ante la Corte Constitucional. Tiene dos aspectos: el primero

es ambiguo, al tenor del art. 93 busca "garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico", expresión enormemente dilatada (piénsese lo que es el sistema jurídico según la teoría del derecho). Aquí, el texto constitucional trae también dos preceptos no coincidentes (al igual que en la acción extraordinaria de protección), el art. 436.5 ya no habla del sistema jurídico, pero confunde más al agregar —junto a la aplicación de normas— a los actos administrativos de carácter general, y para normas y actos administrativos señala "cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía".

El segundo aspecto es claro, se refiere a solicitar a la Corte el cumplimiento de las sentencias o de los informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos "que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias". Este aspecto es altamente positivo, pues va a permitir un pronto cumplimiento de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como de las recomendaciones que traen los informes de la Comisión Interamericana; al igual que se debe velar por el cumplimiento de otros informes expedidos por los comités creados en el ámbito de Naciones Unidas para la vigencia de los derechos y libertades.

Acción de acceso a la información pública: garantiza dicho acceso en los casos en que no se permita conocer la información o ésta se entregue de manera incompleta o no sea fidedigna. Incluso si fuera negada alegando el carácter secreto, reservado o confidencial; al respecto, la norma constitucional señala que ese carácter reservado de la información debe ser hecho por autoridad competente y de acuerdo con la ley, y siempre con anterioridad al pedido (art. 91). La acción será interpuesta ante los jueces ordinarios.

Como se observa, solamente dos acciones se interponen directamente ante la Corte Constitucional. Sin embargo, los jueces deben remitir a la Corte todas las sentencias que hayan dictado en estas materias para que la Corte, luego de una selección, retome los casos emblemáticos y los revise con fines de emitir jurisprudencia vinculante.

Hernán Salgado Pesantes

Derecho procesal constitucional (El Salvador)

El sistema procesal constitucional salvadoreño está previsto de modo expreso en la Constitución y desarrollado por la Ley de Procedimientos Constitucionales (Pr. Cn.), de 1960, aunque desde hace al menos tres quinquenios se insiste en la necesidad de afrontar una importante reforma al mismo.

En el sistema procesal constitucional salvadoreño conviven herramientas propias del sistema difuso, *v. gr.* declaratoria de inaplicabilidad en caso concreto (art. 185), como del sistema concentrado, *v. gr.* la declaratoria de inconstitucionalidad (art. 183): en efecto, a partir de la década de los cincuenta del siglo XX existe en El Salvador la tendencia a la especialización procesal, tanto funcional como orgánica, al grado que el ámbito de competencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (SCn/CSJ) comprende la totalidad (aunque no en exclusiva) de los procesos constitucionales previstos en el sistema jurídico salvadoreño: a) control previo en caso de controversias

entre los órganos legislativo y judicial en el proceso de formación de la ley; b) proceso de inconstitucionalidad; c) proceso de amparo, y d) proceso de *hábeas corpus* o de exhibición de la persona (en este último caso, la SCn/CSJ tiene competencia concurrente con las cámaras de segunda instancia que no residan en la capital).

En El Salvador, sobre la base del art. 185, todo juez tiene la *potestad de inaplicabilidad de una disposición* que, siendo relevante y determinante para el pronunciamiento de una decisión judicial, se estime contraria a la normativa constitucional. Dicha potestad está regulada en los (arts. 77-A a 77-F de la Pr. Cn), determinando los siguientes elementos: a) órgano de control, que son todos los tribunales, esto es, entes investidos de potestad jurisdiccional; b) *objeto de control*: que a pesar de la aparente limitación constitucional a disposiciones de carácter general, es factible que se trate de un acto concreto; c) *origen del control*: que puede ser a instancia de parte o de oficio; d) *ocasión de control*: que puede ser con motivo de una decisión de trámite en el proceso, o como parte de la sentencia que termine el proceso; e) *forma de control*: en el sentido que existe expresa exigencia de motivación, y f) *efectos del control*: que pueden bifurcarse en subjetivos, que son interpartes, y objetivos, en tanto la declaratoria de inaplicabilidad puede dar origen a un proceso de inconstitucionalidad.

A) Si bien no está regulada en la Pr. Cn., desde 1939 existe un control *a priori* de constitucionalidad, aunque más bien es un mecanismo de solución de *controversia entre los órganos legislativo y ejecutivo en el proceso de formación de la ley*, el cual se genera si el presidente de la República veta por inconstitucional un decreto aprobado por la Asamblea Legislativa y esta supera el veto por mayoría legislativa calificada de dos tercios de votos de los diputados (sobre este procedimiento, véanse arts. 135 a 138). En tal hipótesis, el presidente acude a la SCn/CSJ, para que esta, luego de conceder audiencia común a los órganos en conflicto, resuelva (en el plazo de 15 días) si el decreto legislativo vetado es inconstitucional: si se decide que existe la inconstitucionalidad, se frustra el proceso de formación de ley, y si la decisión es que no existe la inconstitucionalidad alegada por el presidente de la República, este queda obligado a sancionar el decreto y publicarlo como ley.

B) El proceso de inconstitucionalidad (art. 183) es un mecanismo de control de constitucionalidad de conocimiento y decisión exclusiva de la SCn/CSJ, caracterizado —en principio— por su naturaleza abstracta, con la finalidad específica de depuración del ordenamiento, en el sentido de excluir del ordenamiento aquellas disposiciones y normas que contraríen la Constitución, y que puede iniciarse por tres vías: a) legitimación ciudadana, en tanto puede ser ejercida por "cualquier ciudadano"; b) legitimación institucional, conferida a las instituciones que integran el Ministerio Público (Fiscalía General de la República, la Procuraduría General de la República y la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos), y c) requerimiento judicial (aunque es discutible si efectivamente se trata de un supuesto de legitimación), que consiste en la remisión a la SCn/CSJ, por cualquier juez, de certificación de una decisión judicial contentiva de una declaratoria de inaplicabilidad en un caso concreto.

El trámite del proceso de inconstitucionalidad (arts. 6 a 11 Pr. Cn.) comprende, en esencia, las siguientes fases: a) presentación de demanda o remisión de certificación de declaratoria de inaplicabilidad; b) incidente de admisión de demanda, en el cual la SCn/CSJ puede formular prevención al demandante para que aclare aquélla; c) admisión de demanda; d) informe de autoridad emisora de la disposición impugnada; e) opinión del fiscal general de la República; f) muy escasamente, la práctica de medios probatorios; g) sentencia, y h) publicación de la sentencia (aunque el proceso puede concluir, de modo anormal, mediante decisión inhibitoria que se denomina sobreseimiento).

C) La vía de control constitucional de naturaleza concreta que tiene mayor presencia es el *proceso de amparo*, el cual es de conocimiento y decisión exclusiva de la SCn/CSJ, y cuyo ámbito de protección se extiende a todos los derechos que otorga la Constitución (con excepción del derecho de libertad personal, que es tutelado por el *hábeas corpus*); noción que comprende, más bien, cualquier categoría jurídica subjetiva consagrada en la Constitución, sin importar su ubicación en el texto constitucional, e inclusive comprende intereses pluririndividuales (intereses colectivos y difusos).

Las fases procesales del amparo (arts. 12 a 37 Pr. Cn.) son, básicamente: a) iniciación por demanda, planteada por quien se atribuya la calidad de agraviado por el acto impugnado, que puede ser cualquier acto u omisión de autoridad estatal, inclusive leyes o disposiciones de carácter general, y además, de modo pretoriano y excepcionalmente existe la posibilidad de impugnar actos de particulares); b) incidente de admisión de la demanda, en el cual la SCn/CSJ puede formular prevenciones al demandante por deficiencias u oscuridad de la demanda; c) admisión de demanda; d) incidente sobre medida cautelar; e) informe justificativo de la autoridad demandada; f) primera fase de alegaciones escritas; g) fase probatoria, de ser necesario, por ocho días; h) segunda fase de alegaciones escritas, y j) sentencia (aunque puede concluir de modo anormal, por sobreseimiento).

D) Como instrumento procesal constitucional específico para la protección de la libertad personal existe el *proceso de exhibición de la persona* o *hábeas corpus*, destinado a la protección de la libertad personal (básicamente, la libertad ambulatoria) y la dignidad de las personas detenidas; aunque, tanto legalmente como en la *praxis* muestra perfiles imprecisos, que hacen que este proceso opere, en mucho, como un recurso extraordinario en materia penal, al grado que se han generado una multiplicidad de variantes, *inter alia*: clásico o principal, restringido, preventivo, correctivo, de legalidad, de pronto despacho, contra particulares, y de búsqueda.

Las fases de este proceso son, en esencia: a) iniciación por petición escrita; b) emisión de auto de exhibición de la persona, cuyo cumplimiento se comete a un juez ejecutor (que es un particular); (c) ejecución de auto de exhibición de la persona por el juez ejecutor; (d) informe de juez ejecutor, que no es vinculante para la SCn/CSJ, e) requerimiento de expediente penal; y f) decisión.

Enrique Anaya

Derecho procesal constitucional (Estado de México)

Las entidades federativas han tenido un desarrollo notable en materia de protección y defensa de sus ordenamientos supremos. En el Estado de México, fue a partir de 2004 cuando se incorporó al texto constitucional el art. 88 bis, que comprende el funcionamiento de la Sala Constitucional como órgano encargado del control de la constitucionalidad.

El Estado de México ha adoptado la tendencia actual de la justicia constitucional local, hecho que le permite garantizar la protección y defensa de los derechos fundamentales al mismo tiempo que de su Constitución. En 2004 se creó una Sala Constitucional Mediante decreto publicado el 12 de julio de 2004 en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado de México*, que forma parte del Poder Judicial estatal (Tribunal Superior de Justicia), motivo que implicó llevar a cabo reformas a los arts. 88 y 94 de la Constitución local, y la adición del art. 88 bis. "Artículo 94. El Pleno estará integrado por todos los magistrados; la Sala Constitucional, por cinco magistrados; las Salas Colegiadas, por tres magistrados cada una; y las Unitarias, por un magistrado en cada Sala".

De esta forma, el art. 88 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México dispone:

"El ejercicio del Poder Judicial del Estado se deposita en:

a) Un órgano colegiado denominado Tribunal Superior de Justicia, el cual funcionará en Pleno, *Sala Constitucional*, Salas Colegiadas y Unitarias Regionales;

b) En tribunales y juzgados de primera instancia y juzgados de cuantía menor; organizados de acuerdo a su competencia establecida en las leyes secundarias. Los órganos jurisdiccionales aplicarán las leyes federales, tratándose de jurisdicción concurrente".

Con base en esta disposición, la Sala Constitucional se encarga de velar por el respeto de la constitucionalidad en el Estado de México. Llama la atención que esta Sala se integre por cinco magistrados del Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, mismos que son designados por el Consejo de la Judicatura del Estado de México. Esta Sala elige anualmente en forma alterna entre sus miembros un presidente.

Como dato ilustrativo, la Sala Constitucional se integra cada vez que se requiere; inicia sus funciones a más tardar tres días después a la fecha de presentación del escrito de demanda y está en funciones hasta agotar el trámite de los asuntos de su competencia.

Sobre esto último, el art. 88 bis señala que la Sala Constitucional es competente para:

"I. Garantizar la supremacía y control de esta Constitución;

II. Substanciar y resolver los procedimientos en materia de controversias que se deriven de esta Constitución, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, surgidos entre:

a) El Estado y uno o más Municipios;

b) Un Municipio y otro;

c) Uno o más Municipios y el Poder Ejecutivo o Legislativo del Estado;

d) El Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo del Estado.

III. Conocer y resolver las acciones de inconstitucionalidad planteadas en contra de leyes, reglamentos estatales o municipales, bandos municipales o decretos de carácter general por considerarse contrarios a esta Constitución, y que sean promovidos dentro de los 45 días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma en el medio oficial correspondiente, por:

a) El Gobernador del Estado;

b) Cuando menos el treinta y tres por ciento de los miembros de la Legislatura;

c) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de un Ayuntamiento del Estado;

d) La o el Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, en materia de derechos humanos.

IV. La Sala Constitucional conocerá de los recursos ordinarios en contra de resoluciones judiciales definitivas en donde se inapliquen normas en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad o de la convencionalidad, en los términos que señale la ley".

Es oportuno señalar que cuando las resoluciones dictadas en los procesos descritos líneas arriba son aprobados por cuando menos cuatro votos de los integrantes de la Sala Constitucional, y declaran la invalidez de disposiciones generales del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo o de los municipios, tienen efectos generales; en los demás casos tienen efectos particulares.

Aun en contra de las resoluciones de la Sala Constitucional, la misma Constitución local faculta a los sujetos legitimados para interponer el recurso de revisión, que será resuelto por la propia Sala, y para su aprobación se requerirá de unanimidad de votos.

Como es sabido, la justicia constitucional local y los medios de control que la componen, únicamente tienen como finalidad establecer el control de la constitucionalidad en el territorio de la entidad federativa de que se trate; por ello, para el caso de que la controversia o acción de inconstitucionalidad verse sobre la constitucionalidad de actos, o presunta violación o contradicción de preceptos constitucionales federales, se estará a lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Desde la creación de la Sala Constitucional del Estado de México hasta la fecha esta ha sufrido una importante reforma, en donde se contempla la aplicación y resolución de las controversias derivadas de la inaplicación de disposiciones legales, por considerarse contrarias a la Constitución. De modo que la Sala Constitucional conocerá de aquellos recursos ordinarios que por el ejercicio del control difuso de constitucionalidad se interpongan.

La justicia constitucional mexiquense ha quedado limitada, además de ser insuficiente para garantizar la supremacía y control de su Constitución, en muy variados aspectos. Recordemos que la justicia constitucional tiene dos vertientes: una, el respeto y cumplimiento de la Constitución, y otra, la protección y defensa de los derechos fundamentales. Por lo que respecta al primero, solo se establecieron la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad, que resultan insuficientes, ya que las sentencias —las primeras— que declaren la invalidez solo tendrán efectos generales tratán-

dose de disposiciones generales de los poderes Ejecutivo, Legislativo, o de los municipios cuando sean emitidas por cuando menos cuatro votos de los integrantes de la Sala Constitucional, y en cualquier otro caso, las resoluciones tendrán efectos única y exclusivamente para las partes en la controversia. Y en las acciones de inconstitucionalidad las resoluciones de la Sala Constitucional solo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas cuando sean aprobadas por cuando menos cuatro votos de los integrantes de la Sala. Si no se aprobarán por la mayoría indicada, la Sala Constitucional desestimará la acción ejercitada y ordenará el archivo del asunto. De este modo, se permite que se continúe aplicando una ley inconstitucional para el resto de la población hasta en tanto no se promueva otro procedimiento.

A eso se suma el funcionamiento temporal de la Sala Constitucional. Es inconcebible que un órgano de esta naturaleza solo se integre al momento de presentarse un procedimiento, cuando se supone que es el órgano máximo de interpretación y defensa de la Constitución; además, los magistrados carecen de una adecuada formación académica y profesional para desarrollar esta importante función, pues son los mismos magistrados que como actividad cotidiana resuelven asuntos de naturaleza penal, civil, etc.; es decir, son expertos en justicia ordinaria, no así en justicia constitucional.

Además, la legislatura local omitió (voluntaria o involuntariamente) dotar de acciones a los individuos para acudir a la Sala Constitucional, a reclamar protección y defensa a sus derechos fundamentales, ya que constitucionalmente solo facultó a las mismas autoridades para promover estos medios de control de la constitucionalidad, dejando en estado de indefensión a los ciudadanos.

Después de esta somera referencia a la forma en que opera el derecho procesal constitucional en el Estado de México, podemos adentrarnos en el estudio de los pormenores científicos de la cuestión que nos ocupa.

Para poder conceptuar al derecho procesal constitucional, sin contradecir las opiniones de algunos autores, entre ellos, Domingo García Belaúnde, quien en su obra *Derecho procesal constitucional* contempla la imposibilidad de crear un concepto que adopte todas y cada una de las modalidades que sobre regulación en materia de defensa a la Constitución de cualquier país pueda entrar en su ámbito., podemos afirmar que este derecho abarca aspectos sociales, culturales y sociales que van más allá de las simples reglas u ordenamientos jurídicos que al respecto se puedan expedir en materia de protección y defensa de una Constitución. Al respecto, es importante resaltar que la defensa de la Constitución debe ocupar un espacio de primera importancia en el quehacer del Estado.

El derecho procesal constitucional local se integra por todos aquellos medios e instrumentos de carácter jurídico procesal que hacen posible mantener la supremacía de la Constitución y la salvaguarda de los derechos humanos en una entidad federativa determinada. En el Estado de México tenemos a la acción constitucional y a la controversia constitucional, como instrumentos para garantizar el respeto y la supremacía de los principios consagrados en el ordenamiento que articula el sistema jurídico estatal.

Enrique Uribe Arzate

Derecho procesal constitucional (Guerrero)

El derecho procesal constitucional guerrerense es prácticamente inexistente. No existien ni los tradicionales medios procesales reconocidos para el control constitucionalni el órgano encargado de dicho control.

Los mecanismos de naturaleza procesal que podrían encajar en la idea de un derecho procesal constitucional guerrerense son el recurso extraordinario de exhibición de personas y la resolución de conflictos municipales. El primero a cargo de jueces de primera instancia, y el segundo a cargo del Tribunal Superior de Justicia.

En el primer caso, en el estado de Guerrero, la revisión del derecho procesal constitucional pasa por el abordaje al sistema de protección no jurisdiccional de los derechos humanos, porque precisamente en la reforma constitucional y legal que lo instaura encontramos el primigenio antecedente de un sistema de control constitucional. En su momento fue una novedosa reforma constitucional, promulgada en septiembre de 1990; en ella, adelantándose a la reforma federal en el rubro, se crea en Guerrero una comisión estatal de derechos humanos, que viene a ejercer las facultades que hasta ese momento desarrollaba el Visitador General de la Procuraduría General de Justicia. Lo relevante es que la iniciativa señalaba que "para complementar los medios tutelares de las garantías constitucionales, la enmienda previene que la Ley reglamente el recurso extraordinario de exhibición de personas para hacer que los juzgadores pongan fin en brevísimo lapso a las detenciones ilegales que lleven a cabo, en su caso, los agentes públicos". Dicha iniciativa se concretó con la reforma al art. 76 bis, en el cual se señaló que "La ley que cree y organice la Comisión garantizará su autonomía técnica; establecerá el procedimiento en materia de desaparición involuntaria de personas; regirá la prevención y castigo de la tortura cuando presuntamente sean responsables los servidores a que se refiere el párrafo anterior; definirá las prioridades para la protección de los derechos humanos entratándose de indígenas; internos en centros de readaptación social; menores de edad y mujeres de extrema ignorancia o pobreza; e incapaces; y reglamentará el recurso extraordinario de exhibición de personas".

Es evidente que esta última institución innovó el sistema jurídico mexicano, y se constituyó como una alternativa frente al conocido como amparo-hábeas corpus, que dispone un trámite especial para los supuestos de peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de proceso judicial, deportación o destierro, o alguno de los actos que aparecen prohibidos en el art. 22 de la Constitución federal. Es preciso recalcar la procedencia de la institución del amparo, puesto que la existencia del recurso extraordinario de exhibición de persona no impide ni limita la solicitud de amparo ante las instancias judiciales federales. Esto sirve para señalar que, además de este instrumento, la Constitución guerrerense carece de un apartado específico o de un catálogo de derechos humanos, y también carece de garantías.

Finalmente, entre los puntos que deben abordarse al hablar del derecho procesal constitucional en Guerrero debe mencionarse la reforma constitu-

cional de julio de 2004, que vino a modificar las atribuciones del Tribunal Superior de Justicia, confiriéndole una específica para conocer de ciertas controversias “constitucionales”.

Entre los diversos considerandos de la mencionada reforma se señala que la iniciativa de decreto enviada por el Ejecutivo local había omitido algunos aspectos indispensables para adecuar la Constitución local al contenido del art. 115 de la Constitución federal. En lo que nos interesa se mencionaba: “La iniciativa de decreto no contiene propuesta alguna sobre el órgano competente para resolver las controversias que surjan entre el Gobierno del Estado y los Ayuntamientos o entre un ayuntamiento con otro, en términos de lo dispuesto por el inciso e) de la fracción II del artículo 115 de la Constitución federal, razón por la que, se considera de la mayor importancia, establecer en el texto de la Constitución del Estado qué órgano es el competente para resolver este tipo de controversias. En tal sentido, se propone reformar la fracción V del artículo 89, con el fin de otorgar facultades al Tribunal Superior de Justicia del Estado, para resolver las controversias que se presenten en esa materia. Lo anterior, en razón de que debe corresponder al órgano jurisdiccional de mayor rango en el ámbito estatal, el dar solución a los litigios entre esos dos ámbitos de gobierno”.

A pesar de que no estamos en presencia de un estricto control constitucional, sobre todo atendiendo el contenido del art. 115 de la Constitución federal, lo cierto es que encontramos el posicionamiento del Tribunal Superior de Justicia como un órgano encargado de resolver jurisdiccionalmente conflictos derivados de la interpretación de un mandato constitucional entre órganos constitucionales. La modificación constitucional que tratamos modificó el art. 89 de la Constitución local, para que en su frac. V señalara que correspondía al Tribunal Superior de Justicia del Estado resolver los conflictos que se presentan entre los municipios y el gobierno del estado, o entre aquellos, con motivo de los actos derivados de los incisos c y d de la frac. II del art. 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

No debe dejar de mencionarse que desde 2004 se han presentado diversas iniciativas para reformar de manera integral la Constitución guerrerense, sin que hasta la fecha se haya logrado dicha reforma. Las distintas iniciativas han presentado modelos de control constitucional a cargo de una corte o tribunal constitucional, que conocería de acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales, cuestiones previas de constitucionalidad, omisiones legislativas, juicio de protección de derechos humanos, acciones de cumplimiento, habeas data, entre otras.

David Cienfuegos Salgado

Derecho procesal constitucional (México)

El derecho procesal constitucional mexicano tiene por objeto el análisis científico de las garantías constitucionales establecidas en la carta fundamental vigente de 1917, con sus numerosas reformas posteriores. Consideramos que pueden señalarse como las más importantes las siguientes garantías constitucionales:

A) *El juicio de amparo*. Debemos considerarlo como una federación de instrumentos procesales, cada uno de los cuales posee una función tutelar específica, que a su vez determina una serie de aspectos peculiares que no pueden comprenderse sino por conducto de su análisis autónomo. En el amparo mexicano podemos descubrir cinco funciones diversas, ya que puede utilizarse para la tutela de la libertad personal; para combatir las leyes inconstitucionales; como medio de impugnación de las sentencias judiciales; para reclamar los actos y resoluciones de la administración activa, y finalmente para proteger los derechos sociales de los campesinos (arts. 103 y 107 de la Constitución federal).

B) *Las controversias constitucionales*. Las posibilidades de controversia previstas por la Constitución, cuyo conocimiento y resolución corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con el jurista mexicano y actualmente ministro de la Suprema Corte, José Ramón Cossío Díaz, pueden agruparse en tres hipótesis: I) conflictos entre distintos órdenes jurídicos con motivo de la legalidad o constitucionalidad de una norma general o de un acto (por ejemplo, la Federación frente a un estado o frente al Distrito Federal); II) conflictos entre órganos de distintos órdenes jurídicos por la legalidad o constitucionalidad de normas generales o de actos (por ejemplo, Poder Ejecutivo frente al Congreso de la Unión), y III) conflictos entre órganos de un mismo orden jurídico, por la constitucionalidad de normas generales o de actos (por ejemplo, entre dos poderes de un estado, o entre un estado y un municipio del mismo estado). Finalmente, por reforma constitucional de febrero de 2014 también se prevén los conflictos entre dos órganos constitucionales autónomos, o entre uno de ellos y un órgano de un orden jurídico (Poder Ejecutivo y Congreso de la Unión), sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales (art.105, frac. I, incisos a) al l) de la Constitución federal).

C) *La acción abstracta de inconstitucionalidad*. Esta garantía constitucional, cuyo conocimiento corresponde a la Suprema Corte de Justicia, debe considerarse como una acción de carácter "abstracto", es decir, tiene por objeto esencial garantizar la aplicación de la Constitución y la certeza del orden jurídico fundamental, por lo que no se requiere de la existencia de un agravio ni de un interés jurídico específico. Tiene por objeto el planteamiento de una posible contradicción entre una norma general y la Constitución. Se encuentran legitimados para interponerla: las minorías parlamentarias federal y locales, el Ejecutivo Federal, los partidos políticos, las Comisiones de Derechos Humanos, nacional, estatales y del Distrito Federal, los organismos garantes del derecho del acceso a la información pública y protección de los datos personales, así como el actual Fiscal General de la República (art. 105, frac. II, incisos a) al h) de la Constitución federal).

D) *El control de la constitucionalidad de las consultas populares.* Por adición de agosto de 2012 se incorporó al art. 35 de la Constitución la *consulta popular,* la cual versa sobre temas de trascendencia nacional, y tiene la limitante sobre la restricción de los derechos humanos, principios relativos a la forma de gobierno, materia electoral, ingresos y gastos del Estado, seguridad nacional y organización, funcionamiento y disciplina de la fuerza armada permanente. El control de la constitucionalidad de la materia de la consulta corresponde a

la Suprema Corte de Justicia de la Nación, previo a la convocatoria del Congreso de la Unión.

E) *Revisión de decretos sobre restricción o suspensión de derechos y garantías.* De conformidad con el art. 29, párrafo quinto de la Constitución, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se debe pronunciar de oficio con la mayor prontitud, sobre la constitucionalidad y validez de los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión de derechos y garantías.

F) *El juicio para la protección de los derechos político–electorales del ciudadano.* Este instrumento introducido en las reformas constitucionales y legales de 1996 debe considerarse como un mecanismo paralelo del juicio de amparo, en su función principal de protección de los derechos humanos, cuyo conocimiento y resolución corresponde a las Salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. En este juicio, los ciudadanos plantean violaciones a sus derechos de votar y ser votados en las elecciones populares, de asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos, de afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos; adicionalmente, a través de este juicio se puede impugnar la integración de las autoridades electorales de las entidades federativas por quien cuente con interés jurídico (arts. 99, frac. V de la Constitución federal, 189, frac. I, inciso e), 195, frac. IV de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, así como 79 y 83 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral).

G) *El juicio de revisión constitucional electoral.* Este instrumento fue introducido por el art. 99 constitucional y por la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral con objeto de establecer la posibilidad de combatir la inconstitucionalidad de los actos y resoluciones de las autoridades electorales de las entidades federativas. Su conocimiento corresponde a la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en única instancia, tratándose de actos o resoluciones relativos a las elecciones de gobernadores y de jefe de Gobierno del Distrito Federal, y a las salas regionales por actos o resoluciones definitivos y firmes con motivo de las elecciones de diputados locales y a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, así como de ayuntamientos y de los titulares de los órganos político-administrativos en las demarcaciones territoriales del Distrito Federal (arts. 99, frac. IV, de la Constitución federal; 189, frac. I, inciso d), 195, frac. III de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y 87 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral).

H) *El juicio político*. Esta figura se inspira en cierta medida en el *impeachment* de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, de acuerdo con el cual corresponde al Senado Federal el enjuiciamiento de los altos funcionarios de los tres órganos de gobierno, por infracciones de tipo político, especialmente a la Constitución federal. En México, el art. 110 de la Constitución establece que pueden ser sujetos de juicio político, entre otros, los senadores y diputados al Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de despacho, el Fiscal General de la República, los magistrados de circuito y jueces de distrito, el consejero presidente, los consejeros electorales, y el secretario ejecutivo del Instituto Nacional Electoral, los magistrados del Tribunal Electoral, y los in-

tegrantes de los órganos constitucionales autónomos; así también establece el régimen de los altos funcionarios de los estados y del Distrito Federal.

I) *Los organismos autónomos protectores de los derechos humanos inspirados en el modelo escandinavo del ombudsman.* A través de la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, así como de las comisiones equivalentes en las entidades federativas, el Estado mexicano se estableció un sistema nacional de protección no jurisdiccional de los derechos humanos (art. 102-B de la Constitución). Compete a la Comisión Nacional, según el art. 6o. de la ley que la regula, las siguientes atribuciones: a) quejas, investigación y supervisión sobre violación a los derechos humanos; b) formular recomendaciones públicas no vinculatorias, así como denuncias y quejas ante las autoridades respectivas; c) actuar en última instancia respecto de las comisiones estatales; d) la promoción y difusión respecto de los derechos humanos; e) llevar a cabo la facultad de investigación por violaciones graves. Existen dos limitaciones competenciales para la Comisión, a saber, en materia jurisdiccional y electoral.

J) *La responsabilidad patrimonial del Estado.* Esta garantía fue introducida mediante la reforma constitucional de junio de 2002 al art. 113, párrafo segundo, en la que se establece que el Estado será responsable por los daños que cause en los bienes o derechos de los gobernados con motivo de su actividad administrativa irregular. La responsabilidad será objetiva y directa, teniendo derecho los particulares a una indemnización.

K) *Garantías constitucionales de las entidades federativas*. Hasta hace muy pocos años el derecho procesal constitucional solo se había desarrollado en el ámbito federal; no obstante, una de las consecuencias del pluralismo que se inició con la reforma federal constitucional de 1988 y que se incrementó de manera paulatina con los cambios de 1995 y 1996, se tradujo en una modificación, así sea atenuada, del agobiante centralismo político y jurídico de nuestro régimen federal, lo que se ha traducido en una creciente autonomía de las facultades de las autoridades frente a la Federación. En 2000 se reformó sustancialmente la carta fundamental del estado de Veracruz, y se introdujeron los primeros instrumentos para tutelar las normas constitucionales de carácter local, tales como el juicio de protección de los derechos fundamentales (derecho de amparo local), el recurso de regularidad constitucional de los actos del ministerio público, las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad, la acción por omisión legislativa y las cuestiones de constitucionalidad. También podemos citar, entre otros, los casos de Querétaro, Coahuila, Guanajuato, Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo, Nuevo León, Estado de México, Nayarit y Yucatán.

Héctor Fix-Zamudio

Derecho procesal constitucional (Michoacán)

En el estado de Michoacán, desde su primera Constitución de 1825, como en las subsecuentes (1858 y 1918), se han establecido medios para tratar de garantizar el apego a lo establecido en el texto de dichas normas constitucionales locales; es decir, que desde sus inicios ha existido un control de la consti-

tucionalidad, que se ha traducido en un cierto derecho procesal constitucional local michoacano, que ha establecido diversos procedimientos encaminados al logro de tal fin.

En una primera etapa, el control de la constitucionalidad local se asignaría por las Constituciones michoacanas (1825, 1858 y 1918) básicamente a los poderes Legislativo y Ejecutivo locales, y posteriormente, en épocas más recientes se incluiría también en este control a otros órganos tanto de carácter jurisdiccional como a órganos constitucionales autónomos locales. Así, por ejemplo, en la primera Constitución Política del Estado de Michoacán, del 19 de julio de 1825, se establecería que el estado de Michoacán estaría obligado a respetar como sagrados e inviolables los derechos de los hombres de cualquier país del mundo que pisaran su terreno aunque solo fuera de tránsito (art. 13), estableciéndose como atribución del Congreso proteger los derechos de los michoacanos y la libertad política de imprenta (art. 42, punto vigésimo cuarto), así como la atribución de la Diputación Permanente de velar sobre la observancia de la Constitución federal, de la del estado y sus leyes, dando cuenta al Congreso de las infracciones que note (art. 43, punto primero); igualmente, se estableció la atribución del gobernador de velar sobre el puntual cumplimiento de la Constitución local expidiendo las órdenes correspondientes para su ejecución (art. 73, sesta —*sic*—); asimismo, se establecería en el art. 212, que todos los habitantes del estado sin excepción alguna estarían obligados a guardar religiosamente la Constitución, y también que todo ciudadano tendría la facultad de representar ante el Congreso o el gobernador reclamando su observancia (art. 213); finalmente, se señalaba que el Congreso, en sus primeras sesiones, tomaría en consideración las infracciones de la Constitución que se le hubieran hecho presentes, para poner el conveniente remedio, y que se hiciera efectiva la responsabilidad de los infractores (art. 215). De esta manera, se prescribía también que solo el Congreso podía resolver las dudas que ocurrieran sobre la inteligencia de los artículos de dicha Constitución local (art. 216).

Cabe señalar que los anteriores lineamientos prácticamente se mantendrían iguales, salvo algunos muy pequeños cambios, en las Constituciones Políticas del Estado de Michoacán posteriores, como son la Constitución del 1o. de febrero de 1858 (arts. 1o., 2o., 3o., 30, 34, 53, 134, 135 y 136) y la original de 5 de febrero de 1918 (arts. 1o., 36, 40, 58, 171, 172 y 173), misma que es la actualmente vigente, y que con el correr del tiempo iría modificando tales prescripciones.

Actualmente, en la Constitución vigente (2013), aunque todavía no se cuenta con un tribunal constitucional local o una sala constitucional propiamente dichos, con una visión amplia, podemos decir que la defensa de la Constitución del estado de Michoacán es realizada a través de diversos procedimientos y de distintos órganos estatales establecidos en la misma, como son: el Congreso del Estado de Michoacán, que puede fijar la jurisdicción política, administrativa y judicial del estado (art. 44, frac. VII), que puede establecer procedimientos para resolver ciertos conflictos entre municipios y gobierno del Estado (art. 44, frac. X-B), que tiene facultades para suspender ayuntamientos o consejos municipales, declarar su desaparición y suspender o

revocar el mandato a alguno de sus miembros en un procedimiento contencioso (art. 44, frac. XIX) y para conocer del juicio político contra servidores públicos estatales (art. 44, frac. XXVI, y art. 108); el Tribunal Electoral del Estado de Michoacán con competencia para resolver en términos de la Constitución local y la ley las impugnaciones en materia electoral (art. 98-A); el Tribunal de Justicia Administrativa con competencia para resolver controversias entre el poder Ejecutivo, ayuntamientos, órganos Autónomos, entidades u órganos descentralizados o desconcentrados estatales o municipales y los particulares (art. 95); la Comisión Estatal de los Derechos Humanos, con competencia para conocer de violaciones a derechos humanos por parte de autoridades locales (art. 96); el Instituto para la Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Michoacán (art. 97), e incluso el propio gobernador del estado, a quien se le atribuye la obligación de cuidar que se obedezcan las prescripciones relativas al trabajo y a la previsión social, y de quien dependen los órganos jurisdiccionales locales en la materia laboral (art. 148). Como puede apreciarse, en el estado de Michoacán la defensa de la Constitución fundamentalmente recae a través de los órganos que la propia Constitución michoacana denomina "organismos autónomos" (título tercero A, capítulo I).

Por otra parte, cabe mencionar que al momento ya existe una iniciativa de reforma a la Constitución Política del Estado de Michoacán, que se ha presentado por parte de un grupo de diputados de la Septuagésima Segunda Legislatura Constitucional del Congreso del Estado de Michoacán en mayo de 2013, con el fin de crear una Sala Constitucional Electoral, con la estructura de una sala colegiada, dentro del Supremo Tribunal de Justicia del Poder Judicial del Estado. Dicha sala tendría, según la propuesta, la competencia propia del actual Tribunal Electoral, y adicionalmente la competencia constitucional local, consistente en conocer: a) de las controversias institucionales que se susciten entre: 1. El Poder Legislativo y Ejecutivo; 2. El Poder Legislativo o Ejecutivo con uno o más municipios del estado; 3. Dos o más municipios del estado; 4. Del Poder Legislativo o Ejecutivo con uno o más organismos autónomos del estado, y 5. Uno o más municipios con uno o más organismos autónomos del estado, siempre y cuando no sea competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conforme al art. 105, frac. I de la Constitución federal; b) de las acciones de inconstitucionalidad que planteen una contradicción entre las normas y disposiciones secundarias y la Constitución local; c) de las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por organismos autónomos o paraestatales (el Poder Judicial del estado no podrá ser parte actora ni demandada en estas controversias), y d) de las omisiones legislativas del Congreso del estado y reglamentarias del Poder Ejecutivo. En general vale la pena notar que con esta propuesta planteada, de aprobarse, desaparecería el actual Tribunal Electoral como órgano constitucional autónomo, y, por otra parte, que no se prevé en ella el establecimiento de un procedimiento para la protección y defensa de los derechos fundamentales de carácter local.

Cuauhtémoc Manuel de Dienheim Barriguete

Derecho procesal constitucional (Nayarit)

El derecho procesal constitucional en Nayarit puede ser entendido desde dos ópticas generales. La primera concepción se orienta al conjunto de normas de carácter constitucional y procesal que regulan los instrumentos de protección de la Constitución de Nayarit para preservar su carácter supremo; la integración, funciones y garantías del órgano jurisdiccional de control constitucional (Sala Constitucional-Electoral del Poder Judicial de Nayarit -SC-E-) y los procesos constitucionales para su protección. Las normas del derecho procesal constitucional se integran por la Constitución y la Ley de Control Constitucional.

La ssegunda vertiente del concepto de derecho procesal constitucional tiene una óptica científica; es decir, una disciplina del conocimiento jurídico que tiene por objeto el estudio de los principios y las normas de carácter constitucional o legal sobre la jurisdicción, instrumentos, magistratura, procesos y garantías para preservar la supremacía de la Constitución.

En Nayarit, el derecho procesal constitucional es de reciente creación; ello, derivado de la reforma a su Constitución, de diciembre de 2009, en la que se configura un diseño de protección a la norma constitucional local. Con esta reforma Nayarit se suma a las entidades federativas que después del año 2000 han seguido el modelo de justicia constitucional aportado por el estado de Veracruz, y posteriormente Tlaxcala, Coahuila, Chiapas, Estado de México, y recientemente Yucatán. En México, después de este movimiento reformista de las Constituciones estatales se ha venido acuñando un apartado disciplinar del derecho procesal constitucional impulsado fuertemente por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, denominado "justicia constitucional local" o "derecho procesal constitucional local", que compila una serie de estudios sobre el avance en los estados de las normas, procesos y jurisdicciones que buscan garantizar el carácter supremo de las Constituciones estaduales.

Como sostiene Fix-Zamudio, no existe un criterio predominante sobre el contenido del derecho procesal constitucional, por tratarse de una disciplina de frontera entre el derecho procesal en general y el derecho constitucional; de ahí la dificultad para determinar sus límites. Sin embargo, la doctrina latinoamericana (Domingo García Belaunde, Osvaldo Alfredo Gozaíni, Eduardo Ferrer Mac-Gregor) es coincidente en identificar el estudio de esta disciplina desde tres dimensiones: jurisdicción, procesos constitucionales y órganos constitucionales. En Nayarit, el contenido del derecho procesal constitucional se puede ubicar en tres aspectos fundamentales: la jurisdicción, la magistratura y los procesos constitucionales.

La jurisdicción constitucional en Nayarit representa la función pública que ofrece a gobernados y entes públicos legitimados la vía legal para dirimir sus controversias cuando se afecten derechos que impliquen violación a la Constitución, y que se resuelven por conducto de la SC-E en plenitud de jurisdicción. Por su parte, la magistratura constitucional se deposita en el órgano jurisdiccional encargado de preservar la supremacía de la norma estadual; esto es, en la SC-E, integrada al Tribunal Superior de Justicia (TSJ) del Poder Judicial de Nayarit, cuya integración es de cinco magistrados los cuales son

nombrados por el Poder Legislativo a propuesta del gobernador como magistrados, del TSJ, y es este órgano quien decide la integración de la SC-E. La magistratura constitucional en Nayarit es presidida por el presidente del TSJ. Tiene una competencia mixta entre las funciones de control constitucional y la jurisdicción electoral.

Los procesos constitucionales que forman el derecho procesal constitucional nayarita corresponden al conjunto de instrumentos de carácter jurisdiccional que tiene por objeto asegurar el carácter supremo de la norma constitucional estatal. Para el caso de Nayarit, estos procesos son: el juicio para la protección de los derechos fundamentales que preserva el catálogo de derechos humanos propios de los nayaritas (ver art. 7, Constitución de Nayarit); la controversia constitucional como instrumento orgánico para dirimir los conflictos entre diversos entes del poder público estatal o municipal; la acción de inconstitucionalidad, que impide la vigencia de normas de carácter estatal o municipal contrarias a la Constitución; accion de inconstitucionalidad por omisión (se trata de una acción que puede ser emprendida por cualquier vecino del estado para impugnar las omisiones de cualquier autoridad a quien la Constitución le ha encomendado emitir una norma de carácter general); cuestión de inconstitucionalidad (este proceso constitucional tiene por objeto decidir sobre las dudas de inconstitucionalidad que plantee cualquier autoridad al momento de decidir la aplicación de una norma general que se presuma su contrariedad con la Constitución; esta acción puede ser oficiosa o a petición de parte); control previo de constitucionalidad, recientemente incorporada (2010) como un medio de control a priori, pretender evitar la configuración de leyes inconstitucionales, este instrumento se activa al momento en que la comisión legislativa que examina la procedencia de un proyecto ley considera de forma discrecional consultar a la SC-E si el proyecto a estudio es conforme con el texto constitucional local. Finalmente, otro proceso constitucional en Nayarit lo integran las facultades de la SC-E para dirimir los conflictos de límites territoriales entre los municipios de la entidad, mediante un proceso jurisdiccional para preservar la autonomía de los municipios nayaritas.

Pedro Antonio Enríquez Soto

Derecho procesal constitucional (Nicaragua)

El derecho procesal constitucional es un conjunto de normas, principios, valores y procedimientos para aplicar la Constitución, ley superior integrada por una normatividad muy general, en ocasiones vaga, abierta y valorativa, que en el constitucionalismo contemporáneo sienta las bases del ordenamiento de los países democráticos, penetrando en el derecho civil, mercantil, administrativo, agrario, político, laboral, internacional, procesal civil y penal, y en el derecho humanitario.

Debido a circunstancias históricas, en América es el Poder Judicial, concretamente en los Estados Unidos de América, el encargado de aplicar la Constitución, por la confianza que se tiene en ese poder, sistema que, con sus variantes, se extiende en Latinoamérica.

En Europa, durante el periodo de entreguerras y después de la Segunda Guerra Mundial, se sintió la necesidad de crear una justicia constitucional especializada atribuida a tribunales constitucionales, corriente que está ganando espacio en Latinoamérica (Guatemala, Colombia, Perú, Bolivia, Chile, Ecuador y República Dominicana). Como una modalidad del control judicial aparecen las salas constitucionales en Costa Rica, El Salvador, Honduras, Venezuela, Paraguay y Nicaragua.

En Nicaragua no existe un tribunal constitucional; el Poder Judicial en conjunto es un gran tribunal constitucional, como trataremos de explicar.

Al control de la constitucionalidad se entra por dos vías:

a) La vía especial constitucional a través de la Ley de Amparo que es nuestro Código —Procesal Constitucional—, que regula el recurso por inconstitucionalidad de la ley o decreto; el recurso de amparo; el recurso de exhibición personal; los conflictos de competencia y constitucionalidad entre los poderes del Estado, y el recurso de hábeas data.

b) La vía ordinaria constitucional, que le corresponde a todos los jueces ordinarios de primera instancia, a los tribunales de apelaciones y a la Corte Suprema de Justicia en Pleno y sus respectivas salas de casación civil y penal. Se les atribuye la potestad de conocer sobre las infracciones a la Constitución y corregirlas.

En esta vía ordinaria se regula el recurso de casación en el fondo por violación a la Constitución a través causales específicas (art. 2051.1 del Código de Procedimiento Civil vigente y art. 388.1 del Código Procesal Penal).

Como podemos observar, el sistema nicaragüense es mixto y descentralizado: conocen sobre la justicia constitucional todos los jueces y tribunales de la justicia ordinaria, por una parte, y la Sala Constitucional y el Pleno de la Corte Suprema de Justicia y en algunos supuestos la Sala Penal de los tribunales de apelaciones y jueces de distrito penal de acuerdo con la Ley de Amparo, por otra.

Esta Ley, en forma descentralizada, distribuye la justicia constitucional así:

— Los jueces de distrito de lo penal son los competentes para conocer de la exhibición personal en el caso de los actos restrictivos de la libertad personal realizados por un particular contra otro particular.

— Las salas de lo penal de los tribunales de apelaciones conocen de la exhibición personal contra el funcionario o autoridad responsable, representante o funcionario de la entidad o institución, por violación de la libertad, integridad física y seguridad.

— La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia conoce del recurso de amparo en contra de toda disposición, acto y resolución, y en general en contra de toda acción u omisión de todo funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución, y del *hábeas data*.

— Las salas de lo civil de los tribunales de apelaciones, como delegados legales, reciben los recursos de amparo, realizan algunos trámites, previenen al recurrente que llene omisiones, y pueden suspender los efectos del acto recurrido.

— La Sala de lo Constitucional instruye y proyecta las resoluciones en materia del recurso por inconstitucionalidad para que sean resueltos por la Corte Plena. En el conflicto de competencia entre los poderes del estado, la Sala de lo Constitucional, una vez trabado el conflicto, a petición de cualquiera de las partes, puede ordenar la remisión de las diligencias, bajo los apercibimientos legales; también podrá suspender la disposición, resolución o acto motivo del conflicto, salvo que acarree perjuicio al interés general o sea notoriamente improcedente. Cuando el conflicto de competencia o constitucionalidad verse sobre ley, decreto legislativo, resoluciones, declaraciones legislativas y acuerdos legislativos, una vez publicados, la Sala de lo Constitucional iniciará el trámite y ordenará la suspensión del acto por ministerio de la ley, elevando las diligencias a la Corte Plena, quien conoce y resuelve los conflictos positivos o negativos de competencia o de atribuciones constitucionales de los poderes del Estado.

— La Corte Plena conoce del recurso por inconstitucionalidad de leyes, decretos o reglamentos, el que puede ser interpuesto por cualquier ciudadano. También conoce sobre las cuestiones de competencias constitucionales entre los poderes del Estado, como señalamos anteriormente.

Las sentencias que dicten las salas de lo penal y de lo civil de la Corte Suprema de Justicia, declarando inconstitucional una ley, solo producen efecto entre las partes. Para que tenga efectos generales, sacándola de vigencia, tiene que ser elevado el expediente a conocimiento de Corte Plena para que confirme o rechace la inconstitucionalidad.

Iván Escobar Fornos

Derecho procesal constitucional (Nuevo León)

El derecho procesal constitucional local o justicia constitucional local, entendido como el conjunto de procedimientos de carácter procesal por medio de los cuales se encomienda a determinados órganos locales la imposición forzosa de los mandamientos jurídicos supremos a fin de preservar la supremacía constitucional (Fix-Zamudio y Sagüés), se origina en el estado de Nuevo León derivado de la reforma constitucional publicada el nueve de junio de 2004.

La reforma constitucional mencionada incorporó en su art. 95 las *controversias de inconstitucionalidad local*, mecanismos mediante los cuales se impugnan actos de autoridad o normas generales que invadan la competencia garantizada por la Constitución a los poderes de la entidad federativa, y que provengan de otro diverso poder u órgano estatal o municipal, las cuales pueden ser promovidas por el estado y municipios, así como los poderes u órganos públicos estatales o municipales, con exclusión del Poder Judicial del estado, para ser parte actora o demandada.

Asimismo, las *acciones de inconstitucionalidad local* son los mecanismos mediante los cuales se impugnan normas generales, expedidas por el Congreso o por cualquier ayuntamiento, que en abstracto violen los derechos fundamentales de las personas emanados de la Constitución, o violen la distribución de competencias establecidas en la ley suprema local para el estado y los munici-

pios, o para cualquiera de los poderes u órganos públicos estatales o municipales. Este medio de control puede ser promovido por el procurador general de Justicia del estado, por los diputados locales, tratándose de normas generales expedidas por el Congreso del estado, así como por los regidores, estos últimos tratándose de normas generales expedidas por su respectivo ayuntamiento.

De ambos mecanismos está facultado para conocer el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Poder Judicial, en su carácter de tribunal constitucional, conforme a los arts. 95 y 96 de la ley suprema.

El Pleno del Tribunal Superior de Justicia está integrado por dieciséis magistrados, y es presidido por el magistrado que el propio Pleno designa. Para que el Pleno funcione es necesaria la concurrencia de la mayoría de sus miembros, y sus resoluciones se toman por voto de la mitad más uno de los magistrados presentes. En caso de empate, el presidente tiene voto de calidad.

Posterior a la citada reforma, y en acatamiento de la controversia constitucional 46/2002, se crearon mecanismos de control constitucional local municipal, producto del decreto publicado el veintidós de julio de 2005, contenidos en los arts. 169 y 170 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Municipal del Estado de Nuevo León. Por una parte, se crearon las *controversias administrativas municipales*, mediante las cuales se dirimirán las controversias que se susciten entre la administración pública municipal y los gobernados ante organismos contenciosos, con sujeción a los principios de igualdad, publicidad, audiencia y legalidad; y los *medios de defensa municipales*, creados para dirimir los conflictos contra los actos y resoluciones administrativos que dicten o ejecuten las autoridades municipales, promovidos por los particulares afectados ante el Órgano de lo Contencioso Administrativo, o de no existir aquél, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del estado.

No obstante que existen medios procesales en el ordenamiento jurídico local para preservar la supremacía constitucional, actualmente no existe una ley reglamentaria del art. 95 constitucional que establezca el procedimiento a seguir, el funcionamiento y atribuciones específicas del órgano de control constitucional para dirimir las controversias y acciones de inconstitucionalidad. Aunado a lo anterior, el art. transitorio segundo, relativo a la reforma constitucional, del nueve de junio de 2004, establece expresamente que "las disposiciones referentes a los medios de control constitucional entrarán en vigor una vez que inicie la vigencia de la Ley que reglamente esa materia".

Situación similar sucede con los mecanismos de control municipal, al no estar reglamentados, ya que si bien se prevé legalmente la existencia de órganos municipales para dirimir controversias entre la administración municipal y los particulares, la remisión que se hace al segundo párrafo del art. 169 a un inexistente ordenamiento legal cancela la posibilidad de que los ayuntamientos establezcan los órganos mencionados, haciendo inoperante el ejercicio de su facultad constitucional municipal.

Las omisiones legislativas señaladas fueron materia de la controversia constitucional 74/2011, de la cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el veintidós de octubre de 2013, ordenar a los poderes Ejecutivo y Legislativo que se dé cumplimiento al mandato constitucional de emitir la legislación correspondiente a más tardar en el siguiente periodo ordinario de

sesiones. El acatamiento al mandato de la Corte abonará a la consolidación de la justicia constitucional del estado de Nuevo León, dándole plena vigencia a los medios procesales para garantizar la supremacía constitucional.

Emanuel López Sáenz

Derecho procesal constitucional (Oaxaca)

El estado de Oaxaca forma parte del sistema federativo del Estado mexicano; se localiza al sureste del mapa geográfico del territorio nacional. Es una entidad pluricultural; cuenta aproximadamente con 3,551 comunidades, conformadas por 570 municipios, 729 agencias municipales, 1,526 agencias de policía y 726 núcleos rurales. Tiene el mayor porcentaje de población indígena en el país. En su área geográfica conviven 15 grupos étnicos, a saber: amuzgos, cuicatecos, chatinos, chinantecos, chocholtecos, chontales, huaves, ixcatecos, mazatecos, mixes, mixtecos, nahuas, triquis, zapotecos y zoques. En Oaxaca tiene aplicación el derecho indígena, y además el consuetudinario, a través de los usos y costumbres. Oaxaca, como los demás estados federados, nace de facto y jurídicamente a través del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, del 31 de enero de 1824, en donde en su art. 7o. establece la forma federal de gobierno y enumera los estados de la Federación, dentro de los cuales aparece el estado con el nombre de Oajaca, hoy Oaxaca, voluntad política que fue corroborada en el art. 5o. de la Constitución Federal de 1824.

En el México convulso del siglo XIX, el sistema federal de gobierno pierde vigencia en las Constituciones centralistas denominadas las Siete Leyes Constitucionales, de 1836, y las Bases Orgánicas, de 1843, ambas de corte unitario, que rigieron brevemente a la nación mexicana, en donde los estados federados desaparecieron, dentro de ellos Oaxaca, al ser suplantados por las figuras políticas denominadas departamentos.

A mediados del aquel siglo, con el triunfo del partido liberal, se instaura nuevamente en México el régimen federal, voluntad soberana que se expresa de manera indubitable en la normativa contenida en el art. 43 de la Constitución Federal de 1857, que establece que son 25 estados que conforman el territorio nacional, dentro de los cuales está comprendido Oaxaca, más el territorio de Baja California.

El mismo sistema federativo prevaleció por voluntad del pueblo mexicano en el art. 43 de la Constitución Política de 1917, que establece que son 29 estados, dentro de ellos Oaxaca, dos territorios (el de Baja California Sur y Quintana Roo) y un Distrito Federal, que conforman la nación mexicana; añadiendo que por decreto sin número, publicado el 8 de octubre de 1974 en el *Diario Oficial de la Federación*, ambos territorios se convirtieron en Estados soberanos. Debido a ello, actualmente el territorio nacional se conforma con 31 estados y un Distrito Federal, lugar en donde residen los poderes federales.

Al darle existencia jurídica la Constitución Federal de 1824 al estado de Oaxaca, en uso de su soberanía local o autonomía constitucional, se ha constituido políticamente en tres ocasiones, a saber: la primera, a través de la Constitución Política del Estado Libre de Oajaca, decretada por el congreso ordinario en su carácter de constituyente el 10 de enero de 1825, constante

de 258 artículos y 2 transitorios, la cual siguió la estructura política del orden federal. *Grosso modo* podemos decir que se dividió en dos partes: la dogmática, que establece los derechos y obligaciones de los oaxaqueños, y la orgánica, que estructura el funcionamiento de los poderes públicos locales. La segunda, a través de la Constitución del Estado de Oaxaca de 1857, decretada por el Congreso Constituyente el 15 de septiembre del mismo año. Este documento constitutivo consta de 98 artículos constitucionales y 4 transitorios. Al igual que la anterior, consta de dos partes, una dogmática, que capitula los derechos del hombre y algunas garantías de los oaxaqueños, y la orgánica, que encauza al gobierno y armoniza el poder estatal. La tercera vez lo hace el pueblo oaxaqueño con base en la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, decretada por el Congreso local, erigido en constituyente, el 15 de abril de 1922, se conformó en su inicio de 165 artículos constitucionales y 14 transitorios, y se dividió para su ejercicio en dos partes: la primera habla de las garantías individuales, y la segunda delinea la actividad del poder estatal.

De acuerdo con el articulado de las cartas constitucionales oaxaqueñas de 1825 y 1857, se observa que dichos órdenes locales carecieron de un sistema de defensa constitucional para proteger los derechos fundamentales de los oaxaqueños y someter el ejercicio del poder público a la supremacía constitucional.

En cuanto a la Constitución oaxaqueña vigente desde 1922, cabe enfatizar que al igual que sus antecesoras, también nació sin un sistema de justicia constitucional; sin embargo, este fenómeno se vino a dar hasta la reforma constitucional publicada en el *Periódico Oficial del Estado* del 15 de abril de 2011, según decreto 397, en donde por primera vez en la historia constitucional del estado de Oaxaca se estableció de manera formal la jurisdicción constitucional, a través de la cual permite resolver los conflictos constitucionales. Efectivamente, el art. 106, apartado B, de la Constitución Política del Estado de Oaxaca vigente, establece algunos procedimientos constitucionales y el órgano facultado para hacer respetar los derechos fundamentales y la supremacía constitucional local; bajo este tenor establece las controversias constitucionales con objeto de resolver conflictos de competencias suscitados entre: a) dos o más municipios; b) uno o más municipios y el Poder Legislativo; c) uno o más municipios y el Poder Ejecutivo; d) el Poder Ejecutivo y el Legislativo, y e) entre órganos autónomos, o entre éstos y el Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, o los municipios. Se concede competencia al Pleno del Tribunal Superior de Justicia del estado para decidir este tipo de conflictos. Es pertinente precisar que la sentencia que declare inconstitucional una disposición de carácter general tendrá efectos generales, siempre que fuera aprobada por las dos terceras partes de los miembros del pleno de dicho tribunal. Bajo este tenor, se prevén también las acciones de inconstitucionalidad, con la finalidad de contradecir una norma de carácter general que confronta con la Constitución local. Es competencia de la Sala Constitucional. Están legitimados para ejercitar la acción: a) cuando menos el 30% de los diputados; b) el gobernador del estado, y c) los órganos autónomos del estado. La sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma de carácter general tendrá efectos *erga omnes* siempre que sea aprobada por las dos terceras partes de los miembros de la

Sala Constitucional. Al respecto, se prevé el juicio para la protección de los derechos humanos. Es un procedimiento semejante al adoptado ante la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. Es competencia de la Sala Constitucional, y procede por incumplimiento a las recomendaciones hechas a la autoridad por la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca. Por último, se estableció un procedimiento sobre control preventivo de leyes y decretos aprobados por el Congreso, previa la promulgación y publicación correspondiente a cargo de la Sala Constitucional. Están legitimados activamente en la acción el 30% de los diputados, el gobernador del estado y los organismos autónomos en las materias de sus respectivas competencias. Estos son los procedimientos y los órganos jurisdiccionales que intervienen en la justicia constitucional en el estado de Oaxaca, los cuales constituyen los elementos imprescindibles para el estudio del derecho procesal constitucional oaxaqueño, que comprende, como lo sostiene Eduardo Ferrer, el estudio de los diversos instrumentos encaminados a proteger ya no a las Constituciones federales o nacionales, sino a los ordenamientos, Constituciones o estatutos de los estados, provincias o comunidades autónomas.

Alfredo Gómez Vásquez

Derecho procesal constitucional (Perú)

El derecho procesal constitucional tiene epistémicamente una doble dimensión: por un lado, como disciplina científica, y por otro lado, como un conjunto de normas procesales de naturaleza constitucional. Como ciencia, su desarrollo es relativamente nuevo: hoy todos los especialistas coinciden en identificar a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, quien lo utilizó por vez primera, aun cuando su predecesor habría de ser Hans Kelsen. Sin embargo, el atributo científico que modela su vertiente científica corresponde a don Héctor Fix-Zamudio cuando sustentó su tesis de licenciatura, y posteriormente la publicó como libro *El juicio de amparo* (Porrúa, México, 1964, pp. 47-82). En su dimensión normativa, esta disciplina es muy antigua, y coincidimos con Néstor Pedro Sagüés en que tiene tres —y nosotros agregamos un onomástico más de cuatro cumpleaños—: a) el primero, del 26 de mayo de 1679, fecha en que se dictó la Hábeas Corpus Amendment Act inglesa; b) el segundo, el 24 de febrero de 1803, fecha en que se emite, por la Suprema Corte de Estados Unidos, el fallo *Marbury vs. Madison*; c) el tercero, el 31 de marzo de 1841, en que se aprueba la Constitución del Estado de Yucatán y se crea, bajo la inspiración de Manuel Crescencio Rejón, el juicio de amparo, y d) el cuarto cumpleaños es del 1 de octubre de 1920, fecha en la que se promulga la Constitución de Austria, en la que Kelsen creaba allí un órgano *ad hoc* para el control de la constitucionalidad de las leyes: el Tribunal Constitucional.

En el Perú, el primer autor que atalayaba ya la existencia de esta disciplina es nada menos que Domingo García Belaunde en su obra *El hábeas corpus interpretado* (PUCP, Lima, 1971, p. 21), a la que seguirían posteriores trabajos de calado profundo.

Hoy se puede afirmar que el derecho procesal constitucional tiene, en lo fundamental, tres objetos o materias de estudio: la jurisdicción constitucio-

nal, los procesos constitucionales, y la magistratura constitucional. Por nuestra parte, podemos ensayar la noción de que el derecho procesal constitucional es una disciplina jurídica que forma parte del derecho procesal en general, encargada de cultivar y estudiar los conocimientos teóricos y prácticos para la debida comprensión, interpretación y aplicación de las normas procesales constitucionales destinadas a regular el inicio, desarrollo y culminación de los procesos constitucionales.

Dicho esto, consideramos que el estudio sobre el origen y la evolución del derecho procesal constitucional en el Perú pasa necesariamente por desarrollar, por cuerdas separadas, los dos grandes elementos que componen esta ciencia del derecho público de nuestro tiempo: la *jurisdicción constitucional orgánica* y la *jurisdicción constitucional de la libertad*.

En lo que se refiere al primer elemento (*jurisdicción constitucional orgánica*), en sus albores, el constitucionalismo peruano no le dedicó la atención debida al problema de la constitucionalidad de las leyes, limitándose a diseñar un sistema de control meramente político a cargo del Parlamento, de innegable raigambre europea (ahí están, para demostrarlo, los artículos pertinentes de las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920 y 1933); solo la carta del 33 presentó un matiz importante, al instaurar dos niveles de control: uno de constitucionalidad (netamente político, por el Parlamento) y otro de legalidad (control judicial de dispositivos infralegales). Sin embargo, dada la ineficacia que este tipo de control demostró en la práctica (algo que, como decía Karl Loewenstein, era tanto como encomendar a unos conejos que sean guardianes de un jardín de zanahorias), el sistema constitucional peruano avanzó hacia un sistema de revisión judicial de las leyes al estilo americano, esta vez a través de un cuerpo de leyes de nivel no constitucional, como lo fue el Código Civil de 1936, cuyo título preliminar, en su art. XXII, estableció: "Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera". Sin embargo, solo será con la Constitución de 1979 que el proceso de inconstitucionalidad obtuvo carta de naturaleza en nuestro ordenamiento constitucional, al asignar al entonces Tribunal de Garantías Constitucionales la competencia para conocer y resolver en instancia única dicho proceso de control normativo. Y es así como, con algunas modificaciones, dicho procedimiento se encuentra contemplado ahora en el art. 200, inciso 4, de la vigente Constitución de 1993.

El otro elemento que cabe destacar (*jurisdicción constitucional de la libertad*), a diferencia del anterior, sí tuvo un prolífico desarrollo normativo, tanto a nivel *legal* (como son los casos de la Ley del 21 de octubre de 1897, que reguló por primera vez el hábeas corpus; la Ley del 10 de febrero de 1916, 2223, que amplió su cobertura para la defensa de las "garantías individuales" normadas en la Constitución de 1860; o la Ley del 26 de setiembre de 1916, que perfeccionó sus aspectos procesales; y, en no menor medida, el D.L. 17083, del 24 de octubre de 1968, que fue el antecedente moderno y directo del amparo), así como a nivel *constitucional* (por ejemplo, la Constitución de 1920, que otorgó rango constitucional al hábeas corpus, o la carta de 1933, que estableció como finalidad de dicha garantía la protección de "todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución"). Posteriormente, las denominadas

“acciones de garantía” fueron incorporadas en el art. 295 de la Constitución de 1979, llegando así a su actual configuración en el art. 200 (incisos 1, 2, 3 y 6) de la vigente Constitución de 1993.

De suerte que, en la actualidad, los procesos constitucionales que existen en nuestro ordenamiento jurídico para tutelar los derechos fundamentales y garantizar la supremacía normativa de la Constitución son los siguientes: a) en el ámbito del *control concentrado de normas*, se ubican el proceso de inconstitucionalidad (art. 200, inciso 4, de la Constitución), y el proceso de acción popular (art. 200, inciso 5), y no en menor medida, el proceso de conflictos de competencia o atribuciones (artí. 202, inciso 3). El primero y el último son de competencia exclusiva del Tribunal Constitucional, mientras que el segundo lo es del Poder Judicial, y b) en el ámbito de los *procesos de tutela de derechos*, encontramos al proceso de amparo (art. 200, inciso 2), el proceso de hábeas corpus (art. 200, inciso 1), el proceso de hábeas data (art. 200, inciso 3) y el proceso de cumplimiento (art. 200, inciso 6). En todos estos casos, se trata de procesos constitucionales compartidos, pues su conocimiento en primera y segunda instancia corresponde al Poder Judicial, y solo cuando se trata de resoluciones denegatorias, al Tribunal Constitucional, quien resuelve en última y definitiva instancia.

Cabe finalmente señalar que la regulación en detalle de todos estos procesos constitucionales se encuentra en un cuerpo de leyes específico, que es el Código Procesal Constitucional, aprobado en 2004, y que a no dudarlo ha sido el primer código de esta naturaleza que se aprecia en el mundo; ello, sin desconocer por cierto los precedentes de la Ley Orgánica de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica (1989) y el Código Procesal Constitucional de Tucumán (de 1999), y el segundo Código que ha sido aprobado recientemente en Bolivia (2012).

Gerardo Eto Cruz

Derecho procesal constitucional (Querétaro)

El constitucionalismo desarrollado a partir de la segunda posguerra ha sido determinante para la forma de operar el derecho en la actualidad. Las Constituciones del Estado constitucional son identificadas por su amplio catálogo de derechos; por su fuerza normativa que la dota de carácter vinculante; por sus mecanismos de control, garantías y tribunales especializados, y por la constitucionalización de las reglas de la democracia, representando un límite al poder.

Desde el año 2000 el constitucionalismo local mexicano se encuentra en una dinámica de transformación, como una consecuencia del reajuste institucional que representó la alternancia en el poder y el desmantelamiento del aparato autoritario de gobierno. La autonomía constitucional de las entidades federativas comenzó a asumir nuevas formas y daba cuenta de la posibilidad de consolidar un real sistema jurídico nacional, que estuviera integrado por sistemas normativos autosuficientes, con sus propios medios de garantía y con ámbitos de validez bien delimitados. El desarrollo del derecho procesal constitucional local comenzó entonces a ser determinado por presupuestos

de tipo formal, pero también han jugado un papel importante para ello los presupuestos de tipo político. Dentro de los primeros encontramos las nuevas caras del federalismo, la autonomía, la coexistencia de los órdenes jurídicos, y la clara delimitación de sus ámbitos de validez. En los segundos, podemos considerar que, a pesar del diseño de control constitucional, el arreglo político siempre fue privilegiado para la solución de los eventuales conflictos en menoscabo de la consolidación de los procedimientos jurídicos, particularmente los judiciales.

A lo anterior, resulta indispensable resaltar el efecto que podrá tener en ese ámbito la actual configuración constitucional de los derechos y sus garantías, derivadas de las reformas de junio 2011, al haber incorporado al parámetro de regularidad constitucional el derecho internacional de los derechos humanos, y, por otro lado, el ingreso del control difuso de constitucionalidad.

En el caso del estado de Querétaro, haré referencia a los antecedentes de su regulación, el actual sistema de garantías locales para tutelar la Constitución local; su magistratura y la forma como esta última las ha desarrollado en la práctica hasta ahora.

I. Antecedentes. El primer antecedente de una facultad de control constitucional lo encontramos en la reforma que en 2000 se hizo al art. 70 de la Constitución, en la que se otorgaban facultades al Pleno del Tribunal Superior de Justicia para resolver los siguientes conflictos: 1) entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo del estado; 2) entre el Poder Ejecutivo o Legislativo del estado con algún organismo constitucional autónomo; 3) entre los municipios del estado con organismos constitucionales autónomos, el Poder Ejecutivo o Legislativo del Estado, y 4) entre los municipios del estado. La procedencia de cualquier supuesto estaba condicionada a que no fuera materia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

II. Sistema de garantías constitucionales locales. En 2008, la Constitución local sufrió una reforma sustancial, en la que se incorporaron dos elementos fundamentales para la consolidación de su derecho procesal constitucional local: la ampliación de la competencia del Tribunal Superior de Justicia como juez constitucional y, por otro lado, definió los métodos de interpretación acordes a esa potestad.

En el art. 29 se definen como competencias las siguientes: 1) resolver sobre la constitucionalidad de las leyes locales; 2) garantizar la supremacía de la Constitución local; 3) formar jurisprudencia constitucional; 4) conocer de la omisión legislativa; 5) conocer de los conflictos entre poderes, municipios y organismos autónomos, siempre que no sean competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o del Senado de la República. En cuanto a las pautas hermenéuticas, el considerando quince definió que la Constitución debe ser interpretada "bajo los compromisos internacionales del Estado Mexicano y los principios *pro homine* de *progresividad* y de *irreversibilidad* que llevan a elegir el sentido y el alcance de mayor protección, que favorezcan la expansión y el avance del contenido de los derechos a favor de la persona".

El 24 de abril de 2009 entró en vigor la Ley de Justicia Constitucional del Estado de Querétaro. Los medios de control constitucional contemplados en esta ley reglamentaria son los siguientes: 1. Acción de inconstitucionalidad;

2. Acción por omisión legislativa; 3. Controversia relativa a la competencia; 4. Juicio de protección de derechos fundamentales (amparo local), y 5. Juicio de protección de derechos colectivos o difusos.

1. *Acción de inconstitucionalidad*. Su propósito es controvertir la constitucionalidad de leyes estatales. Poseen legitimación el gobernador; la tercera parte de los integrantes de la Legislatura, los ayuntamientos; los organismos autónomos sobre leyes que tengan relación con asuntos de su competencia; los partidos políticos y cualquier persona cuando se trate de la protección de sus derechos fundamentales.

2. *Acción por omisión legislativa*. Tiene por finalidad obtener la declaración de que la Legislatura no ha emitido una ley a la que la Constitución obliga, afectando con ello competencias, al no permitir ejercer plenamente una determinada facultad. Pueden promoverla el gobernador; los ayuntamientos, los organismos autónomos y los partidos políticos. Los efectos de esta acción serán obligar a la Legislatura a emitir la ley omisa, sin posibilidad de expresarse sobre su contenido. Si se reincidiera en la omisión, el Pleno del Tribunal Superior de Justicia puede dictar las bases a las que se sujetará el ejercicio de la facultad afectada, hasta que sea emitida la ley.

3. *Controversia relativa a la competencia*. Tiene como propósito controvertir actos, reglamentos y disposiciones generales que no sean leyes, emitidas por un poder estatal, un ayuntamiento o un organismo constitucional autónomo, en caso de que estos menoscaben las atribuciones concedidas en la Constitución estatal a otro poder, ayuntamiento u organismo constitucional autónomo. La competencia para resolver la controversia es exclusiva del Pleno del Tribunal Superior de Justicia.

4. *Juicio de protección de derechos fundamentales (amparo local).* Es el medio de control constitucional que tutela los derechos fundamentales establecidos en la Constitución del estado, así como en los tratados internacionales que formen parte del derecho nacional. Aquí es oportuno señalar que este parámetro se estableció de manera previa (2008) a la reforma constitucional federal en materia de derechos humanos de 2011. La legitimación activa es de personas físicas y jurídicas que consideren alguna afectación a sus derechos. La procedencia está condicionada a que no exista algún otro medio de defensa judicial, y es de destacarse que puede promoverse en contra de particulares..

5. *Juicio de protección de derechos colectivos o difusos*. Se encarga de proteger los derechos colectivos o difusos instituidos en la Constitución del estado y en los tratados internacionales que formen parte del derecho nacional, contra actos de los particulares o las autoridades locales o municipales que los vulneren. Para los derechos colectivos, son sujetos legitimados los integrantes individuales o plurales del grupo social que sean reconocidos como titulares del derecho y las personas jurídicas que tengan por objeto la defensa de estos derechos. En el supuesto de los derechos difusos, pueden promover este juicio las personas individuales que acrediten un interés simple y las personas jurídicas cuyo objeto legal sea defender dichos derechos. Su procedencia está condicionada a la no existencia de otra vía judicial.

III. Magistratura. Los medios de control constitucional local son competencia de una Sala Constitucional y del Pleno del Tribunal Superior de

Justicia. La primera podrá conocer de la acción de inconstitucionalidad; la acción por omisión legislativa; el juicio de protección de derechos fundamentales y el juicio de protección de derechos colectivos o difusos. El Pleno tiene competencia exclusiva para resolver la controversia relativa a la competencia o controversia constitucional.

Aun cuando la reforma constitucional estatal de 2008 y la Ley de Justicia Constitucional de 2009 determinaron la creación de la Sala Constitucional, no fue sino hasta 2010 cuando ésta se instauró, en razón de la interposición del primer medio de control constitucional local. De acuerdo con su Ley Orgánica, el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Querétaro está conformado por una Sala Civil, una Sala Penal, una Sala Electoral (auxiliar de la Sala Penal cuando no sea periodo de elecciones), una Sala Constitucional y una Sala Especializada en Justicia para Adolescentes. Las cuatro primeras tienen una integración colegiada (tres magistrados), y la última es unitaria. Es de destacarse que la Sala Constitucional no tiene una conformación permanente; es decir, los magistrados que la integran no están asignados de manera exclusiva, sino que son parte de alguna de las otras salas, y solo se constituyen cuando hay que resolver un medio de control constitucional.

IV. Desarrollo en la práctica. La actividad de la Sala Constitucional ha sido muy poca. En 2010 se tramitaron dos asuntos: una acción de inconstitucionalidad y un juicio de protección de derechos fundamentales. Ambos fueron sobreseídos. En 2011 se tramitaron dos asuntos: un juicio de protección de derechos fundamentales, en donde el actor se desistió para promover un amparo, y un juicio de protección de derechos colectivos o difusos. En 2012 fueron otros dos asuntos en los que tampoco se entró al estudio de fondo.

Es oportuno referir que el municipio de Querétaro promovió ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, una controversia constitucional (33/2012) en contra de la Ley de Justicia Constitucional, por considerar que el Tribunal Superior no tenía atribuciones para resolver asuntos sobre intereses colectivos o difusos. En octubre de 2013, la controversia fue declarada improcedente y sobreseída, debido a que aún se encontraba pendiente de resolver un recurso de revisión en el juicio en el que se encuentra involucrado el municipio, y porque se consideró que no había una afectación a las facultades del ayuntamiento.

Rogelio Flores

Derecho procesal constitucional (Quintana Roo)

Como parte integrante de la federación mexicana, Quintana Roo es uno de los estados más jóvenes de nuestro país, elevándose con tal carácter a partir del 8 de octubre de 1974. A partir de entonces comenzaron los trabajos por parte del Poder Constituyente para expedir la Constitución del estado, la cual fue promulgada el 12 de enero de 1975. El constituyente quintanarroense decidió incorporar un amplio catálogo de derechos humanos reconocidos en el propio texto constitucional, contenidos en los arts. 12 a 34 y 8 del título segundo del capítulo primero, denominados "De las garantías individuales y so-

ciales", los cuales conforman lo que hoy se conoce como el bloque constitucional-convencional de derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano (Eduardo Ferrer MacGregor, Sergio García Ramírez, y Héctor Fix-Zamudio, entre otros), conjuntamente con aquellos reconocidos en la Constitución general de la República, en las Constituciones de los demás estados federados, así como en los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que México es parte (artículo 1o. de la Constitución mexicana de 1917).

El reconocimiento en el texto constitucional original de un amplio catálogo de derechos humanos, la organización del Estado y la atribución de facultades a los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como a los municipios, no vino acompañada por la creación de mecanismos de control constitucional de carácter judicial para hacer efectivos los mandatos constitucionales.

No sería sino hasta el 24 de octubre de 2003 cuando por medio de una reforma a la Constitución del estado, al modificar la estructura del Poder Judicial, se incluirían mecanismos y órganos de control constitucional de carácter local, introduciéndose por vez primera el llamado "derecho procesal constitucional local" (Eduardo Ferrer MacGregor). De esta forma, el estado de Quintana Roo seguiría a aquellos estados que inspirados en el modelo veracruzano, instaurado en 2000, incorporarían el llamado control constitucional local, el cual se define en el art. 104 de la Constitución de Quintana Roo como "… un medio para mantener la eficacia y vigencia de la Constitución; tiene por objeto dirimir de manera definitiva e inatacable en el orden jurídico estatal, los conflictos que por la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, surjan en el ámbito interior del Estado entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo o entre uno de ellos y los municipios que conforman el estado, o entre dos o más municipios, sin perjuicio de lo previsto en los Arts. 76 frac. VII, 103, 105, 107 y último párrafo de la frac. II del 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".

El órgano al cual la Constitución encomienda su defensa es al Poder Judicial, cuya competencia recae en el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del estado, como órgano de resolución, el cual está integrado por nueve magistrados numerarios, electos por el Congreso local (Poder Legislativo), a propuesta del gobernador del estado (Poder Ejecutivo), y la creación de una Sala Constitucional y Administrativa a cargo de un solo magistrado que forma parte del Pleno, como mera instancia instructora y de formulación del proyecto de resolución (arts. 103 y 105, CQROO).

En cuanto a los medios de control constitucional que se crearon con la reforma de la Constitución del estado en 2003, se contemplan en el art. 105 del texto constitucional, los siguientes: 1) controversia constitucional; 2) acción de inconstitucionalidad; 3) acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa.

La ley que regula los procesos constitucionales es la Ley Reglamentaria de los Arts. 104 y 105 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Quintana Roo, publicada el 15 de diciembre de 2005, la cual desarrolla los procesos constitucionales relativos a: 1) *las controversias constitucionales* que se presenten por la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, y que surjan entre:

A) el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo; B) el Poder Ejecutivo y uno de los municipios; C) el Poder Legislativo y uno de los municipios, y D) dos o más municipios del estado. 2) *las acciones de inconstitucionalidad* que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, siempre que se ejerzan dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por: A) cuando menos la tercera parte de los miembros del Congreso del estado, y B) el procurador general de Justicia del estado, en contra de leyes de carácter estatal. Las resoluciones del Pleno del Tribunal solo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas siempre que fueran aprobadas por cuando menos las dos terceras partes del Pleno, y no tendrán efectos retroactivos, salvo en materia penal. 3) *las acciones de inconstitucionalidad por omisión legislativa* cuando se considere que la Legislatura del estado no ha resuelto sobre la expedición de alguna ley o decreto, y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución, siempre y cuando sean interpuestas por: A) el gobernador del estado; o B) un ayuntamiento del estado. La resolución que emita el Pleno del Tribunal que decrete el reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión legislativa surtirá sus efectos a partir de su publicación en el *Periódico Oficial del Estado*. En dicha resolución se determinará un plazo para que se expida la ley o decreto de que se trate la omisión, a más tardar en el periodo ordinario que curse o el inmediato siguiente de la Legislatura del estado, pudiendo disminuir este plazo cuando el interés público lo amerite.

En el ámbito electoral, la Constitución del estado prevé en su art. 51, que corresponde al Tribunal Electoral del Estado de Quintana Roo, integrado por tres magistrados, designados por el Congreso local a propuesta del gobernador del estado, velar entre otras cosas por el respeto a los derechos político-electorales de los ciudadanos quintanarroenses cuando se vulneren su derechos a votar y ser votados en las elecciones locales, así como la libertad de afiliarse libre e individualmente a algún partido político, estableciéndose como mecanismo de protección el juicio para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos, el cual es regulado por la Ley Estatal de Medios de Impugnación en Materia Electoral dentro de los arts. 94 a 98.

Luis Gerardo Samaniego Santamaría

Derecho procesal constitucional (Sinaloa)

El derecho procesal constitucional sinaloense, en la larga historia escrita, ha significado una de las disciplinas del derecho procesal, contemplando el estudio de los medios de control constitucional como instrumentos de libertad para salvaguardar la supremacía de la Constitución.

Dentro del constitucionalismo sinaloense, el derecho procesal constitucional ha simbolizado el instrumento garante competencial de la defensa de la Constitución. Aparece la primera expresión en la Constitución de 1861, que establece en su art. 74 el juicio político, del cual conocía el Congreso del estado como jurado de acusación y el Supremo Tribunal como jurado de sentencia. El segundo periodo podríamos decir que se tiene en la Constitución

de 1917, al describir en su art. 75 la controversia constitucional, señalando la importancia de la atribución del Poder Judicial para conocer de las controversias que no hayan sido reservadas a los tribunales de la federación, y en el art. 79, que se refiere a la supremacía de la Constitución.

La tercera exposición del derecho procesal constitucional sinaloense surge con la reforma a la Constitución de Sinaloa, del 26 de enero de 1984 (publicado en el Periódico *Oficial* 12, del 27 de enero de 1984) al art. 104, frac. III, al establecer que corresponde al Tribunal de Justicia en pleno, conocer y resolver de las controversias de cualquier orden que se susciten entre los poderes del estado o entre uno o más poderes del estado, y los ayuntamientos, o entre éstos entre sí, y es hasta el 16 de octubre de 1998 que cuando se promulga la Ley Reglamentaria de la fracción descrita.

Sin embargo, cuando se refiere a derecho procesal constitucional local, o justicia constitucional local, se ubica en el contexto federal, al hacer alusión al principio de supremacía constitucional establecida en el art. 133 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, pero la protección constitucional en México ha tenido a los estados como precursores de la protección constitucional desde 1824, significando el punto de partida del derecho procesal en México.

En el estado federal que se instruyó en México los estados gozan de su ámbito de competencia propio sobre la defensa de la Constitución, basados en los principios establecidos la Constitución federal, describiendo el art. 41 que los estados son libres y soberanos; el art. 124 del mismo ordenamiento describe que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados".

Es así que el derecho procesal constitucional o justicia constitucional local, tiene sus orígenes en México en las Constituciones de las entidades federativas de 1824, otorgándoles la salvaguarda de estas en principio a los poderes Legislativos y posteriormente al Poder Judicial.

Sonia Escalante López

Derecho procesal constitucional (Tabasco)

El derecho procesal constitucional en el estado de Tabasco está presente, aunque no con la amplitud con la que se manifiesta en otras entidades federativas —por ejemplo Veracruz, Tlaxcala, Chiapas, Coahuila, Estado de México o Nayarit—, quienes cuentan con un amplio cúmulo de mecanismos o instrumentos que tratan de garantizar por la vía jurisdiccional a la Constitución local.

En efecto, en este estado existen solamente dos instrumentos de control de constitucionalidad; se trata de: a) del juicio para dirimir conflictos jurídicos que surjan entre los municipios y cualquiera de los poderes Ejecutivo o Legislativo del estado, y b) de la acción de revisión municipal.

En ambos casos el ente encargado de estudiar y emitir un pronunciamiento sobre los instrumentos señalados anteriormente es el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del estado, el cual, de conformidad con el art. 55 de la

Constitución y 13 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se compone por diecinueve magistrados. Con ello, el constituyente local eligió la fórmula que han tomado la mayoría de los estados con justicia constitucional, y que consiste en dotar de atribuciones constitucionales al pleno de sus tribunales superiores de justicia convirtiéndoles en una clase de tribunal constitucional.

El primer instrumento de protección a la Constitución local lo representa una especie de juicio, que sin poseer nomenclatura propia tiene como finalidad, de acuerdo con el primer párrafo del art. 61 de la norma suprema estatal, la de resolver los conflictos de naturaleza jurídica que se actualicen entre los municipios y cualquiera de los dos poderes del estado; regulación que se ve igualmente reproducida en los mismos términos en el art. 14, frac. I de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Sin embargo, a pesar de su desarrollo constitucional y legal, este tipo de procedimiento no cuenta con normas procesales propias que permitan entender la operatividad del mecanismo, por lo que para la sustanciación de un juicio de esta naturaleza se tendrían que aplicar disposiciones de carácter supletorio.

El segundo mecanismo de tutela constitucional es la acción de revisión municipal, que tiene como objetivo plantear la posible contradicción entre un acto o disposición de carácter general emitida por el cabildo de algún municipio y la Constitución del Estado; es decir, se trata de una especie de acción de inconstitucionalidad, pero que se limita únicamente a analizar los actos y normas expedidas por los municipios a través de su cabildo, y, como se mencionó, es el Pleno del Tribunal Superior de Justicia el que conocerá de este procedimiento. No hay que dejar de señalar que a diferencia del juicio arriba comentado, esta acción cuenta con su propia ley, denominada Ley Reglamentaria del art. 65, frac. I, inciso g), de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco.

En lo relativo a la legitimación activa, es muy limitada, en razón de que solo la pueden promover cuando menos el treinta y tres por ciento de los integrantes del cabildo que haya emitido la norma o el acto impugnado. Ello nos indica que la parte demandada lógicamente es el propio cabildo emisor de lo controvertido; igualmente, tiene el carácter de parte el procurador del estado a quien se la vista para que intervenga en el procedimiento.

Por lo que ve al plazo, la demanda deberá presentarse dentro de los treinta días siguientes a que entre en vigor la norma o acto impugnado, y una vez desarrollado el procedimiento previsto en la propia ley, el Pleno pronunciará resolución, la cual, en el caso de contener declaratoria de invalidez, se mandará publicar en el *Periódico Oficial* de la entidad.

José Manuel Chavarín Castillo

Derecho procesal constitucional (Tlaxcala)

Como puede apreciarse de la lectura del art. 81 de las reformas llevadas a cabo al texto constitucional del estado de Tlaxcala en 2001, al Tribunal Superior de Justicia del estado se le faculta para actuar como tribunal de control constitucional en funciones de pleno, correspondiéndole conocer, de acuerdo

con la redacción de la fracción primera, a una especie de amparo local, el cual se encargará de la salvaguarda de los derechos fundamentales de los gobernados; en su fracción segunda hace alusión a una figura análoga a las controversias constitucionales del ámbito federal, adoptando el término de competencia constitucional, mismo que en esencia, respetando el ámbito competencial y a las partes que intervienen dentro de este procedimiento, es parecido, como ya fue dicho, a la figura federal de las controversias constitucionales.

En su fracción tercera se refiere a las acciones de inconstitucionalidad, figura también afín al medio de control constitucional inmerso en el art. 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Presentando la peculiaridad de que su ejercicio no solo corresponde a las minorías parlamentarias, sino que amplía este ejercicio, concediéndoselo a la Comisión Estatal de Derechos Humanos y a la Universidad Autónoma de Tlaxcala; esto, en caso de normas jurídicas de carácter general provenientes del Congreso del estado, y en las cuales se plantea una violación abstracta a la Constitución local.

En la hipótesis de normas jurídicas de carácter general provenientes de algún ayuntamiento o consejo municipal, donde se plantee una violación abstracta a la Constitución local, aparte de las minorías de ayuntamientos o consejos municipales, se faculta al gobernador del estado, a la Comisión Estatal de Derechos Humanos y a las universidades públicas estatales, incrementando a su vez el término para ejercitar estas acciones de inconstitucionalidad, que será de noventa días.

Por lo que respecta al quórum y a la votación calificada de los integrantes del pleno, se hace el señalamiento por lo que respecta al primero, que éste deberá estar formado por lo menos con doce magistrados, y en cuanto a la segunda, que ésta deberá ser de diez magistrados (actualmente el Tribunal está constituido por nueve magistrados, por lo que debe adecuarse el quórum y la votación calificada).

Es necesario resaltar que en las acciones contra la omisión legislativa, además de corresponder su ejercicio a las autoridades estatales y municipales, les corresponde también a las personas residentes en el estado.

Con la experiencia adquirida de las Constituciones locales de Veracruz y Coahuila se reduce el margen de las minorías para promover la acción de inconstitucionalidad local, de la tercera parte en el caso de Veracruz, el 30% en el de Coahuila, y concediendo esta participación al 25% de los diputados que integren el Poder Legislativo del estado, y al 25% de los municipios del ayuntamiento o consejo municipal, según sea el caso.

El desarrollo del derecho procesal constitucional estadual en Tlaxcala se ha llevado a cabo de manera inconsistente, al inicio de manera lenta, después con una rapidez inusual, y en estos momentos, casi nula

Dos causas pueden ser primordialmente el origen de esto.

Primero: el posible enfrentamiento que pudiera suscitarse entre el criterio emitido por estos tribunales constitucionales locales y nuestro máximo tribunal a nivel federal, en donde se puede descartar la desventaja de los tribunales constitucionales estatales, ya que al ingresar a temas de carácter constitucional, esto resulta novedoso y desconocido para ellos, y por tal motivo no llevan a cabo el procedimiento de estas figuras prefiriendo que sea la Corte federal

la que marque el sendero o de la pauta a criterios constitucionales, evitando con esto la contradicción antes señalada.

Segundo: la segunda de las causales radica en un auténtico respeto a lo que se ha denominado la teoría de la división de los poderes, y que se enmarca con la independencia y autonomía de cada uno de ellos en su quehacer cotidiano, y que dado el rezago que ha existido para que se cumpla con este objetivo, hace ver que si tales tribunales estatales no poseen estos dos supuestos, difícilmente podrán ser imparciales en cuestionamientos que importan de manera preponderante el respeto a cualquiera de los poderes constituidos. Esto mismo redunda en la falta de credibilidad respecto a los pronunciamientos que se hagan cuando dichos poderes se encuentran en contradicción, y que además de falta de credibilidad generan desconfianza hacia las instituciones.

Por lo que es importante que los tribunales locales lleven a cabo tales pronunciamientos, y que éstos se encuentren provistos de justicia y equidad para que redunden en beneficio de la sociedad, sociedad ansiosa de justicia pronta, expedita e imparcial.

Es necesario resaltar la frac. VI del art. 81 de la Constitución del Estado de Tlaxcala, el cual hace referencia a las acciones en contra de la omisión legislativa, el cual hace alusión a que el ejercicio de esta acción corresponderá a las autoridades estatales y municipales, así como a las personas residentes en el estado, dando como resultado la participación de los ciudadanos en los medios de control constitucional estatal, así como que al pronunciarse el Tribunal Constitucional Estatal en este tipo de acciones en favor de los ciudadanos del estado de Tlaxcala sirve para que el Congreso estatal cumpla con la función natural que tiene encomendada en el texto constitucional de Tlaxcala, y esto, como se ha mencionado, en el sistema federal, constituye una supremacía de un poder sobre otro, situación prohibida en la Constitución federal.

Carlos González Blanco

Derecho procesal constitucional (Venezuela)

El derecho procesal constitucional en Venezuela, que tiene por objeto el estudio de los procesos y procedimientos de control de constitucionalidad; es decir, mediante los cuales se imparte la justicia constitucional, aun cuando sin esa denominación específica es una disciplina jurídica que se comenzó a desarrollar a partir de la reforma constitucional de 1947, mediante la cual se introdujo en el país un cambio sustancial en el régimen político, estableciéndose las bases de un régimen democrático, que comenzó a asegurar el control judicial del poder, y que luego de una década de dictadura militar, a partir de 1958 reflorecería con el desarrollo del modelo de Estado democrático y social de derecho, que se consolidó con la Constitución de 1961.

Fue por tanto, a raíz de la entrada en vigencia de dicha Constitución de 1947, cuando comenzaron a aparecer en la historia de la bibliografía jurídica venezolana los primeros estudios monográficos sobre el tema de la justicia constitucional, con los trabajos del profesor Pablo Ruggeri Parra: *La Supremacía de la Constitución y su defensa. Jurisprudencia del alto tribunal venezolano (1870-*

1940), Tipografía Venezuela, Caracas, 1941, y *Estudio sobre control constitucional*, Editorial Venezuela, Caracas, 1946. A ese estudio le siguió, en 1955, la tesis de grado del profesor José Guillermo Andueza sobre *La jurisdicción constitucional en el derecho venezolano*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1955, trabajo que sin duda fue uno de los primeros estudios modernos sobre el derecho constitucional en el país.

Con posterioridad, después de la entrada en vigencia de la Constitución democrática de 1961, proliferaron los estudios sobre el derecho constitucional, y, en especial, sobre la justicia constitucional, de manera que en 1972 salió publicada la obra del profesor Humberto J. La Roche, sobre *El control jurisdiccional de la constitucionalidad en Venezuela y Estados Unidos*, Universidad del Zulia, Maracaibo, 1972, 278 pp.; en 1977 se publicó la obra del profesor Allan R. Brewer-Carías sobre *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1977, 219 pp.; y una década después, en 1983, la obra del profesor Orlando Tovar Tamayo, sobre *El jurisdicción constitucional,* Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1983, 149 pp. En 1987, además, se publicó la obra del profesor Allan R. Brewer-Carías, sobre *Estado de derecho y control judicial (justicia constitucional, contencioso administrativo y amparo en Venezuela),* Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1987, 657 pp. A ella le siguió la publicación de la obra del mismo profesor Brewer-Carías sobre *Judicial Review in Comparative Law,* Cambridge University Press, Cambdridge, 1989; y posteriormente, del mismo autor siguieron otros trabajos sobre justicia constitucional, publicados en dos de los siete tomos de su obra sobre *Instituciones políticas y constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Universidad Católica del Táchira, Caracas-San Cristóbal, 1997 (tomo V. *Derecho y acción de amparo*, 577 pp. y el tomo VI. *La justicia constitucional,* 642 pp.)

A partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, no solo hubo un nuevo resurgimiento de los estudios de derecho constitucional en general, sino específicamente sobre el tema de la justicia constitucional, lo que se manifestó con la publicación del trabajo del profesor Jesús María Casal, *Constitución y justicia constitucional. Los fundamentos de la justicia constitucional en la nueva carta magna*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2000, 130 pp.; y del profesor Allan R. Brewer-Carías, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999 (comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos),* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, 134 pp. Posteriormente el profesor Brewer-Carías publicó su libro sobre *La justicia constitucional. Procesos y procedimientos constitucionales,* Editorial Porrúa, México, 2007.

Posteriormente, el profesor Brewer-Carías publicó en 2012 su obra sobre *Derecho procesal constitucional. Instrumentos de la justicia constitucional,* editada por Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 2912, 628 pp. Una segunda edición de esta obra salió publicada por Ediciones derecho y Ley Ltda. Bogotá, 2013, 614 pp.; y una tercera edición está en curso de edición en 2014 por el Centro de Estudios Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Monteávila, con sede en Caracas. Este libro, en realidad, fue el primero que se publicó en Venezuela con el título de "derecho procesal constitucional". Posteriormente se han publicado sobre el tema los siguientes libros: Humberto Enrique III Bello Tabares, *Sistema de amparo: derecho procesal constitucional. Un en-*

foque crítico y procesal del instituto, Ediciones Paredes, Caracas, 2012, 618 pp.; y Antonio J. Bello Lozano Márquez, *Lecciones de derecho procesal constitucional: procesos judiciales de naturaleza constitucional*, Caracas, 2013, 167 pp.

Por otra parte, después de una multitud de estudios monográficos publicados en revistas jurídicas sobre justicia constitucional y control de constitucionalidad, la expresión "derecho procesal constitucional" fue utilizada en diversos artículos doctrinales, y entre ellos, los siguientes: Jesús María Alvarado Andrade, "La necesaria disputa por el empleo de la expresión derecho procesal constitucional en Venezuela," *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, núm. 146, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2008, pp. 185-218; Gonzalo F. Pérez Salazar, "Justificación del estudio del derecho procesal constitucional en Venezuela". *Anuario de Derecho Público*, núm. 2, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, 2008, pp. 85-92; y Jesús María Alvarado Andrade, "Hacia la construcción de un derecho procesal constitucional en Venezuela (notas apreciativas críticas sobre nuestro sistema de justicia constitucional)", *Revista de Derecho Público* núm. 118, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2009, pp. 21-57.

El Centro de Estudios Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Monteávila, fundado en 2012, por otra parte, fue el primer centro de investigación universitario establecido en el país con el propósito de estudiar y divulgar la disciplina del derecho procesal constitucional en Venezuela. El Centro ha organizado congresos internacionales sobre el tema, habiendo publicado los siguientes libros: Gonzalo Pérez Salazar y Luis Petit Guerra (coordinadores), *I Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional: los retos del derecho procesal constitucional en Latinoamérica en homenaje al Dr. Román Duque Corredor*, Universidad Monteávila-Centro Venezolano de Derecho Procesal Constitucional-Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2011; *La justicia constitucional en el estado social de derecho, en homenaje a Néstor Pedro Sagüés*, Universidad Monteávila, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas 2012, 501pp.; *La justicia constitucional y la justicia administrativa como garantía de los derechos humanos, Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani y en el marco del vigésimo aniversario de Funeda*, Caracas, 2013; siendo todo ese esfuerzo el colorario, a nivel universitario, del inicio del desarrollo de la disciplina, que se originó con la creación de diversos cursos de posgrado sobre derecho procesal constitucional en diversas facultades de derecho de diversas universidades, como la Universidad Monteávila y la Universidad Católica Andrés Bello.

De lo anterior resulta, por tanto, que la disciplina del derecho procesal constitucional, con tal denominación, comenzó a tener desarrollo efectivo después de más de una década de estar en vigencia la Constitución de 1999.

Allan R. Brewer-Carías

Derecho procesal constitucional (Veracruz)

En México, la institución del control judicial de la constitucionalidad fue introducida en la esfera de las entidades federativas a partir de la Constitución de Veracruz del año 2000, seguida de ejercicios similares en Coahuila y Tlaxcala (2001), Chiapas (2002), Quintana Roo (2003), Estado de México,

Nuevo León (2004), y otros más que se han ido incorporando paulatinamente a partir de novedosos ejercicios de ingeniería constitucional (en la actualidad existen más de veinte estados de la República en contar con mecanismos de control constitucional). Esta tendencia inaugura lo que la doctrina ha denominado "derecho procesal constitucional local" (Ferrer Mac Gregor y Vega Hernández, 2003: 198), que comprende los distintos instrumentos encaminados a proteger, dentro de los Estados federales, descentralizados o autonómicos, la normativa constitucional de sus entidades federadas, provincias o comunidades autónomas, a través de órganos jurisdiccionales especializados. Es así que los sistemas de jurisdicción constitucional locales que vienen floreciendo a partir de la experiencia veracruzana prevén, entre otros instrumentos: a) *Amparos locales*, para la protección de los derechos humanos previstos en sus Constituciones; *b) Acciones de inconstitucionalidad,* para impugnar normas generales expedidas por órganos locales o municipales, otorgando legitimación a múltiples sujetos y organismos; c) *Controversias constitucionales* entre órganos y poderes locales, incluyendo a los municipios; d) *Acción por omisión legislativa, para impugnar la inactividad del legislador local que afecte el cumplimiento de preceptos constitucionales*; e) *Cuestión de inconstitucionalidad, en la cual el juez ordinario local eleva la consulta de constitucionalidad al órgano especializado a efecto de que resuelva si una norma legal o de inferior jerarquía, resulta contraria al texto supremo de la entidad federativa*; f) *Control difuso,* al preverse la posibilidad de que cuando la autoridad jurisdiccional considere en su resolución que una norma es contraria a la normativa suprema local, deberá declarar de oficio su inaplicabilidad para el caso concreto, existiendo la posibilidad de que el Tribunal Superior de Justicia revise la resolución respectiva de forma definitiva e inatacable; g) *Control previo,* cuando se somete al órgano jurisdiccional especializado algún proyecto de norma por estimarlo contrario al texto supremo, a efecto de que pueda ser modificado antes de entrar en vigor, y h) *Acción por el no ejercicio de la acción penal, de reserva de la averiguación previa* o *de resoluciones de sobreseimiento* que dicten los jueces con motivo de las peticiones de desistimiento que formule el Ministerio Público. Ahora bien, por cuanto hace al diseño institucional de los órganos encargados del control constitucional local tenemos que resultan relevantes los modelos adoptados, pues en algunos casos dicha función es realizada por los plenos de los tribunales superiores de justicia; por una sala constitucional; o incluso por un tribunal constitucional (Astudillo, César y Casarín Léon, 2010: 145 y ss). Para el caso de la entidad veracruzana, tenemos que el Pleno del Tribunal Superior de Justicia, actuando como tribunal constitucional, conocerá de los siguientes asuntos: a) controversias constitucionales que surjan entre dos o más municipios; uno o más municipios y el Poder Ejecutivo o Legislativo, y entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo. Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los poderes Ejecutivo, Legislativo, o de los municipios, y la resolución del Pleno del Tribunal Superior de Justicia las declare inconstitucionales, ésta tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por las dos terceras partes de sus miembros, y surtirá efectos a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial del Estado*; b) acciones de inconstitucionalidad en contra de leyes o decretos que se consideren contrarios a la Constitución local, debiendo ejercitarse dentro de los 30 días siguientes a su promulgación

y publicación por el gobernador del estado o, cuando menos, la tercera parte de los miembros del Congreso local, requiriendo la misma votación calificada como en el caso de las controversias constitucionales, para que se declare la invalidez de la norma con efectos generales; c) acciones por omisión legislativa, cuando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución Política del estado, y que interponga el gobernador o, cuando menos, la tercera parte de los ayuntamientos. La omisión legislativa surtirá sus efectos a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial del Estado*; en la misma se determinará un plazo que comprenda dos periodos de sesiones ordinarias del Congreso local, para que expida la ley o el decreto respectivo. Si transcurrido este plazo no se atendiera la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deberán sujetarse las autoridades en tanto se expide dicha ley o decreto. Por su parte, la Sala Constitucional, integrada por tres magistrados, tiene competencia para: a) conocer y resolver el juicio para la protección de derechos humanos por actos o normas de carácter general que conculquen los derechos humanos que el pueblo veracruzano se reserve, provenientes del Congreso o gobernador del estado, y de los titulares de las dependencias o entidades de la administración pública estatal y municipal, así como de los organismos autónomos del propio estado; b) conocer y resolver en única instancia, de las resoluciones del Ministerio Público sobre la reserva de la averiguación previa, el no ejercicio de la acción penal y las resoluciones de sobreseimiento que dicten los jueces con motivo de las peticiones de desistimiento que formule el órgano ministerial; c) sustanciar los procedimientos en materia de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y acciones por omisión legislativa, así como formular los proyectos de resolución definitiva que se sometan al pleno del Tribunal, y d)dar respuesta fundada y motivada a las peticiones formuladas por las demás salas, tribunales y jueces del estado, cuando tengan duda sobre la constitucionalidad o aplicación de una ley local en el proceso sobre el cual tengan conocimiento. Las peticiones tendrán efectos suspensivos, y deberán ser desahogadas en un plazo no mayor de 30 días naturales. La Sala tendrá la facultad de desechar de plano las peticiones cuando se advierta de manera manifiesta que no tienen trascendencia en el proceso. Los particulares no podrán hacer uso de esta facultad. Como podemos apreciar, en el estado de Veracruz el control constitucional es compartido entre la Sala Constitucional y el Pleno del Tribunal Superior de Justicia. La primera tiene competencia para actuar como órgano especializado y terminal de naturaleza constitucional, únicamente en las hipótesis del juicio para la protección de derechos humanos y en la consulta que realicen los demás jueces sobre la constitucionalidad de una norma local en un proceso concreto. En los demás casos, es decir, tratándose de controversias y acciones de inconstitucionalidad, incluyendo a la omisión legislativa, su papel se reducirá a órgano de instrucción al sustanciar y elaborar el proyecto de sentencia definitivo que será resuelto por el Pleno. Existen en la actualidad algunos factores que han condicionado la eficacia y legitimidad de los sistemas de control constitucional locales, destacándose entre ellos la ausencia de bases mínimas en la Constitución general, que permita por un lado homogeneizar un conjunto de mecanismos de defen-

sa integral de los textos fundamentales estaduales, así como la delimitación y debida articulación de aquéllos con los instrumentos de control constitucional federales, como es el caso del juicio de amparo.

Manlio Fabio Casarín León

Derecho procesal constitucional (Yucatán)

Su primera manifestación es la consabida y notoria impronta del juicio de amparo en la Constitución yucateca de 1841, obra de don Manuel Crescencio Rejón y Alcalá, así como su posterior federalización virtud a la cruzada que emprendió don Mariano Otero. Sin embargo, durante más de siglo y medio el sistema constitucional yucateco fue ayuno en establecer procedimientos jurisdiccionales para el control de la carta magna local; así, la carestía de un juez constitucional denotó la inexistencia en la entidad de una Constitución, como verdadera norma jurídica.

Siguiendo la inercia del estado de Veracruz (2000) y de otras entidades como Coahuila (2001), Tlaxcala (2001), Guanajuato (2001), Chiapas (2002), Quintana Roo(2003), Nuevo León (2004) y el Estado de México (2004), en 2010 el Congreso del Estado de Yucatán aprobó diversas reformas a la Constitución de la localidad, que en lo que nos atañe dotó al Pleno del Tribunal Superior de Justicia de facultades para erigirse en un auténtico tribunal constitucional, con jurisdicción para conocer de procedimientos tendentes a conseguir la regularidad constitucional estatal. Debe destacarse que el actual Pleno está conformado por once magistrados.

Dichos medios de control son: a) la controversia constitucional; b) la acción de inconstitucionalidad; c) la acción por omisión legislativa o normativa, y d) el control previo de constitucionalidad respecto de proyectos de ley aprobados por el Congreso. A continuación esbozaremos cada uno de ellos.

Controversia constitucional. Su objeto es resolver los conflictos de carácter competencial que surjan entre diferentes órganos de gobierno que pertenecen a órdenes distintos, así como entre órganos que forman parte del mismo orden del régimen interno del estado, con base en lo dispuesto por la Constitución yucateca, sin perjuicio de las controversias constitucionales, que le compete resolver de manera exclusiva a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Esa confrontación competencial puede darse entre: 1. El estado y los municipios; 2. El Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo; 3. Dos o más municipios del estado, siempre que no se trate de cuestiones relativas a sus límites territoriales, y 4. Uno o más organismos públicos autónomos y otro u otros organismos o poderes del estado o municipios. Se excluye expresamente a las cuestiones de índole electoral. Se considera como innovación que dos municipios de una misma entidad federativa ventilen sus diferencias ante un tribunal constitucional, pues éste es un supuesto no comprendido por la carta magna federal en el art. 105, frac. I. Cuentan con legitimación activa: el Poder Ejecutivo; el Poder Legislativo; los municipios (y sus órganos) y los organismos públicos (autónomos y otros). A pesar de que el inciso d) del art. 70, frac. I, de la Constitución yucateca indica que la controversia podrá darse entre "Uno o más organismos públicos autónomos y otro u otros organismos o poderes del

Estado o Municipios", ello no legitima al Poder Judicial estatal para promoverlo, así como tampoco sería procedente contra actos del Poder Judicial, pues éste es el árbitro, y no puede ser juez y parte. Los plazos para promover serán: a. Cuando verse sobre actos, de treinta días contados a partir del día siguiente al que surta efectos la notificación de la resolución; al que se haya tenido conocimiento de ellos o de su ejecución; o al que el actor se ostente sabedor de los mismos, y b. Cuando se trate de normas generales, de treinta días contados a partir del día siguiente a la fecha de su publicación o al día siguiente al que se produzca el primer acto de aplicación de la norma.

Acción de inconstitucionalidad. Procede contra normas de carácter general, estatales o municipales que se consideren contrarias a la Constitución Política del estado. La legitimación activa recae en: a) el Ejecutivo del estado; b) el Fiscal General del estado; c) el 33% de los integrantes del Congreso, en contra de las disposiciones de carácter general aprobadas por los ayuntamientos; d) el 33% de los regidores del municipio en contra de las disposiciones de carácter general aprobadas por el ayuntamiento, y e) los organismos públicos autónomos, por conducto de quien le represente legalmente, con relación a la materia de su competencia. Llama la atención que el 33% del Congreso estatal solo puede impugnar normas municipales aprobadas por los ayuntamientos, mas no disposiciones estatales (empero, sí puede ejercer el control previo), en tanto que el Ejecutivo y el Fiscal General no tienen ese límite; los órganos públicos autónomos, únicamente podrán activar el procedimiento cuando la norma corresponda al ámbito de su competencia. Se considera novedoso que al 33% de los regidores se les conceda acción para impugnar normas del propio municipio. El plazo para ejercer la acción es dentro de los treinta días naturales siguientes al de publicación de la norma. Las resoluciones del Pleno del Tribunal Superior de Justicia solo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueran aprobadas por al menos las dos terceras partes de sus miembros, y surtirá efectos a partir de su publicación en el órgano de difusión oficial del estado.

Acción contra la omisión legislativa o normativa. Es un mecanismo que procede por la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general, a que estén obligados por la Constitución yucateca el Congreso, el gobernador y los ayuntamientos. El ejercicio de esta acción corresponderá a las autoridades estatales y municipales, así como a las personas residentes en el estado (es el único medio de control en donde se legitima a ciudadanos para instarlo). Se podrá promover dentro de los treinta días siguientes a que haya vencido el plazo otorgado para expedir alguna disposición de carácter general. La resolución que emita el Pleno del Tribunal Superior de Justicia y decrete la existencia de omisión legislativa o normativa surtirá sus efectos a partir de su publicación en el órgano de difusión oficial del estado. La resolución del Pleno, respecto a omisiones del Congreso del estado, otorgará un plazo que comprenda dos periodos ordinarios de sesiones para que éste emita la ley, decreto o acuerdo omitido. Si se trata de omisiones del Poder Ejecutivo o de los ayuntamientos, se otorgará un plazo de seis meses para subsanar la omisión.

Control previo de constitucionalidad. Es procedente respecto de la constitucionalidad de los proyectos de ley aprobados por el Pleno del Congreso del

estado y hasta antes de su promulgación y publicación. Se encuentran legitimados para activarlo el gobernador; el treinta y tres por ciento de los integrantes del Congreso; el Fiscal General del estado; los Titulares de los organismos públicos autónomos y los presidentes municipales en el ámbito de su competencia. Las decisiones del Pleno del Tribunal Superior de Justicia, adoptadas por medio del voto de las dos terceras partes de sus integrantes, en la que estime la inconstitucionalidad de las disposiciones contenidas en los proyectos de ley aprobados por el Pleno del Congreso del estado, serán obligatorias para éste.

La Procuraduría General de la República reclamó en sendas acciones de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (8/2010 y 11/2011) los aludidos medios de control; no obstante, su validez ha sido declarada por ese alto tribunal. A la fecha únicamente se ha activado la jurisdicción constitucional local en dos ocasiones, vía *controversia constitucional*. La primera de ellas derivó de un conflicto entre el Congreso del estado y el Ayuntamiento de Tinum (1/2011), mediante la cual se abordó el tema del cambio de cabecera de un municipio; la segunda, generada por un diferendo entre el Tribunal de Justicia Electoral y Administrativa del estado y el Consejo de Notarios (1/2012), que abordó el tema de la legitimación pasiva del Poder Judicial en esa especie de asuntos (cuenta habida que el tribunal demandado se encuentra incardinado en el Poder Judicial del estado). Se confía en que, una vez que ya han sido validados por la Corte tales procesos constitucionales, la sociedad yucateca y los entes correspondientes acudan con mayor frecuencia a dicha importante instancia, que favorece a la construcción de un Estado democrático de derecho, al régimen federal de competencias y a la vinculación jurídica de los ordenamientos constitucionales.

Jorge Rivero Evia

Derecho procesal constitucional de la libertad

El concepto de derecho procesal constitucional de la libertad es sinónimo de jurisdicción constitucional de la libertad, que puede definirse, entendida *lato sensu*, como el conjunto de procesos de carácter específico y tramitación sencilla y expeditiva, previstos en los ordenamientos jurídicos nacionales y en el internacional (en sentido propio, es la jurisdicción internacional de la libertad), para la tutela efectiva de los derechos fundamentales y de los que conocen todos o algunos de los órganos judiciales de ese país (dimensión objetiva): recurso o juicio de amparo, acción de tutela, *hábeas corpus*, *hábeas data*...

Ahora bien, el derecho procesal constitucional de la libertad no debe identificarse, de una manera simplista, con la existencia de una garantía equivalente al amparo ante el tribunal o sala constitucional, sino que, más allá de ello, y salvo en los países de pequeñas dimensiones, lo verdaderamente esencial es la existencia de uno o varios procedimientos judiciales expeditivos específicos para la tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios, quienes han de tener la primera palabra al respecto, sin perjuicio de que luego corresponda, como resulta altamente conveniente, a un tribunal

constitucional, donde lo haya, o al menos a un tribunal supremo, pronunciar la "última palabra" en determinados casos más o menos excepcionales.

Desde una perspectiva subjetiva y complementaria, puede también entenderse que el concepto hace referencia a los órganos jurisdiccionales encargados de dar efectividad a tales garantías procesales.

Por tanto, el derecho procesal de la libertad es un concepto que, al quedar ceñido a los procesos específicos y expeditivos de tutela, es más restringido que el de justicia constitucional de la libertad (en el que cabría incluir, sin más, a los *Ombudsmen* o al jefe del Estado, por ejemplo) y, obviamente, que el concepto de defensa de la Constitución, en el que las dos anteriores se incluirían.

El concepto, o al menos la terminología, de "jurisdicción constitucional de la libertad" fue acuñado, como enseguida veremos, por Mauro Cappelletti (1955) en su libro *La giurisdizione costituzionale delle libertà*; pero es lo cierto que su valiosa obra no entra apenas en el estudio de la jurisdicción constitucional de la libertad *in genere*, como concepto de teoría de la Constitución, sino que se centra fundamentalmente en el estudio de los recursos constitucionales en la (entonces) República Federal de Alemania, Suiza y Austria. En el mundo jurídico hispano, el concepto de jurisdicción constitucional de la libertad lo ha acogido expresamente Fix-Zamudio, temprano traductor por cierto al castellano de la citada obra de Cappelletti (1961).

Rasgos. Desde una perspectiva de teoría general, los rasgos del derecho procesal constitucional de la libertad serían los siguientes:

a) Versa sobre mecanismos procesales de protección, sobre procesos.

b) El objeto de los procesos es la tutela de derechos fundamentales, entendiendo por tales aquellos derechos humanos *incorporados al ordenamiento jurídico (interno o, en su caso, internacional) de que se trate*, lo que conlleva que el catálogo de los derechos fundamentales recibirá en cada ordenamiento un contenido distinto, según cuáles sean los derechos reconocidos, y en función de ello será más o menos amplio el derecho procesal constitucional o jurisdicción constitucional de la libertad de ese país. No obstante, esta remisión a cada ordenamiento para determinar la lista de derechos fundamentales, a fin de no reducir el derecho procesal constitucional a una categoría puramente formal, hay que matizarla en el sentido de que el catálogo de tales derechos ha de comprender, como mínimo, el "núcleo duro" de los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

c) Se trata de procesos jurisdiccionales de carácter específico y tramitación expeditiva y sencilla. Si un derecho vale tanto como valen sus garantías, y a los derechos fundamentales, al ser proyección directa de la dignidad de la persona y ser "fundantes" (*Grundrechte)* del ordenamiento jurídico, les corresponde un "mayor valor", según doctrina ya clásica, es razonable que para garantizar su protección se articulen mecanismos específicos de tutela. El carácter específico de estos procesos para la tutela de los derechos fundamentales impide considerar como parte del derecho procesal constitucional al sistema general de tutela judicial de los derechos (que se garantiza a través del derecho a la jurisdicción), por más que sea un presupuesto para la efectividad de estos derechos fundamentales y de los demás derechos, o la tutela refleja de los derechos fundamen-

tales que puede llevarse a cabo a través del sistema general de control de la constitucionalidad (incluso cuando ese carácter meramente reflejo de tutela es relativo, como ocurre en el control difuso o el concentrado incidental o normativo concreto), o garantías ya completamente ajenas a lo jurisdiccional, como la división de poderes, por ejemplo. La especificidad no ha de ser meramente formal, sino que materialmente hay unos rasgos que han de caracterizar a estos procesos específicos: a) rapidez; b) antiformalismo; c) amplias facultades del juez, especialmente de naturaleza cautelar; d) carácter preferentemente preventivo; e) amplias facultades para hacer ejecutar lo juzgado.

En cuanto a la tramitación sencilla y expeditiva o sumariedad de estos procesos, es también exigencia derivada de ese "mayor valor" de los derechos fundamentales, que requieren de la existencia no solo de procesos especiales de protección de tales derechos, sino que los mismos sean urgentes, preferentes respecto de los medios de tutela general de los otros derechos e intereses legítimos, y centrados simplificadoramente en la tutela de esos derechos fundamentales. En este sentido, es paradigmático el procedimiento de *hábeas corpus*, que tuvo su origen en el derecho angloamericano, pero que ha adquirido un alcance general, al menos en los ordenamientos de Occidente, como instrumento de tutela de la libertad física. La extensión de procedimientos expeditivos y eficaces de índole más o menos análoga para la protección de todos los demás derechos fundamentales de corte clásico distintos a la libertad física hablará del alcance que en un país o sistema internacional tenga el derecho procesal constitucional de la libertad; y en cuanto a los derechos sociales, es aún más preciso encontrar cauces adecuados y específicos (específicos no ya por contraste respecto de los demás derechos no fundamentales, sino también incluso por referencia a los derechos fundamentales clásicos) de tutela, por más que sea obligado reconocer que los mismos no podrán pretender alcanzar, al menos en la mayor de los casos y en la inmensa mayoría de los países, el mismo nivel garantista que sí es posible para los derechos de la primera generación, debido a los recursos limitados ante todo.

d) Ha de tratarse de procesos de probada efectividad. No basta con que se prevean garantías, sino que es preciso que estas sean mínimamente efectivas y tengan una operatividad real también mínima. Especialmente necesario es que brinden la necesaria tutela en un tiempo cuando menos razonable. Con ello se hace referencia a datos en parte sociológicos y que, en otra parte, pueden pueden obtenerse a través de un análisis de las decisiones judiciales y su contenido. No obstante, debe aclararse que el porcentaje de amparos admitidos por los tribunales constitucionales (que no suele ser superior al 2%, y en Alemania lleva a hablar en la práctica forense y hasta en la doctrina de una *Verfassungsbeschwerde* o recurso de amparo *aussichtslos*, "sin esperanza"), como tampoco el porcentaje de asuntos relativos a derechos constitucionales de que llega a conocer finalmente el Tribunal Supremo de USA por medio del filtro del *writ of certioraty,* no es un criterio válido para juzgar la efectividad del sistema de garantías, que donde han de mostrar su operatividad real y cotidiana es sobre todo ante la jurisdicción ordinaria.

e) Procesos garantistas de naturaleza nacional (y preferentemente constitucional) o internacional. La mayor parte de las garantías de los derechos

fundamentales, y en las que en todo caso descansa el núcleo del sistema tutelar de los mismos, son las garantías nacionales. Dentro de ellas es un requisito relativo, aunque de extraordinaria importancia, el de su carácter constitucional, pues no necesariamente las garantías han de tener ese rango, aunque desde luego ésta constituya la situación ideal, por cuanto supone una manera de asegurar su permanencia y de su inalterabilidad frente al legislador, permitiendo que los derechos fundamentales se muestren jurídicamente como *Diktaturfestige* ("resistentes a la dictadura").

Por otra parte, y en relación ya con los procesos internacionales para la salvaguarda jurisdiccional de los derechos fundamentales, tanto en un plano regional como en uno universal, la garantía de tales derechos tropieza con dos dificultades: la soberanía nacional y el puesto del individuo en el derecho internacional. A estos dos problemas se une la falta efectiva de órganos jurisdiccionales que configuren los hechos originarios de las transgresiones o de órganos centralizados que apliquen las sanciones. La soberanía es un obstáculo de difícil superación para la creación de normas obligatorias para los Estados en materia de derechos fundamentales, y más aún en lo que se refiere a sus garantías, siendo ello especialmente cierto en los países descolonizados. Los Estados admiten aún con gran dificultad una autoridad judicial superior, extraestatal, que pueda imponer sus decisiones, y mucho menos que los particulares puedan acudir, tras haber agotado los recursos del derecho interno, a esas instancias superiores a intentar la satisfacción de sus pretensiones. Las garantías de carácter internacional que interesan, hoy por hoy, a los efectos del concepto de derecho procesal "constitucional" de la libertad son algunas de dimensión regional (en particular, el "amparo europeo" ante el Tribunal de Estrasburgo), y ello porque, pese a todos los avances y a la relevancia de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de alcance universal (Declaración Universal de Derechos Humanos, especialmente), no hay en este ámbito al día de hoy mecanismos de garantía que reúnan las condiciones mínimas para configurar lo que aquí se entiende por derecho procesal constitucional de la libertad.

f) Procesos tendentes a la protección frente a la violación o amenaza tangible de vulneración (de los derechos fundamentales) por los poderes públicos o por los particulares.

Las garantías procesales tienen siempre carácter terapéutico o remedial, constituyen el momento de crisis o peligro del derecho subjetivo, no son su momento habitual y constante, sino el momento, excepcional, en que el derecho fundamental se halla en un peligro, bien porque se ha producido su violación y se trata de ponerle fin de manera inmediata, obteniendo la correspondiente indemnización y dejando liso el camino para la continuidad en su ejercicio, removiendo los obstáculos precisos para ello; bien porque meramente se ha producido una amenaza tangible de lesión del derecho fundamental que justifica la adopción de medidas preventivas o precautorias frente a esa eventual violación.

Ahora bien, la lesión o amenaza de violación en puridad, más que un presupuesto *stricto sensu* de las garantías mismas, se trata de un presupuesto para su *aplicación*, pues esta tendrá muy frecuentemente por objetivo determinar si

hubo esa amenaza o violación al derecho en que el peligro, actual o potencial, consiste; basta, pues, con afirmar la existencia de una lesión o una amenaza para que sea posible hacer uso de las garantías del derecho. Distinto es que, en abstracto, conceptualmente, sea preciso que exista esa lesión, actual o al menos potencial, pero esa será normalmente una cuestión precisamente a dilucidar.

Por otra parte, la lesión tanto puede provenir de los poderes públicos *lato sensu* como de los propios particulares. Sin duda, junto a aquellos casos en que se prevea una tutela directa frente a las intromisiones ilegítimas en el derecho fundamental por particulares habrá países en que las garantías no se extiendan a la protección frente a los particulares, y otros en los que la protección no sea directa, sino por vía indirecta, mediante el control de las resoluciones judiciales que no reparan la violación de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos* (doctrina de la eficacia indirecta de los derechos fundamentales: mittelbare Drittwirkung en Alemania, o doctrina norteamericana de la *"state action"*). La Situación ideal, en todo caso, está en una extensión de la jurisdicción constitucional de la libertad a las relaciones entre particulares, siempre, obviamente, que la naturaleza del derecho lo consienta, de modo que también en ese ámbito funcionen garantías procesales específicas, pues también entonces los derechos en juego son derechos de un valor especial, verdaderamente fundamentales, sin que el hecho de que la lesión provenga de otro particular justifique una tutela menos efectiva, mayormente en estos tiempos y en unas sociedades tan complejas como las actuales y de una manera aún más especial en un Estado social.

g) Procesos de garantía cuyo conocimiento y tramitación se atribuye a órganos judiciales nacionales o internacionales. Como ya se ha señalado, desde una perspectiva competencial, es posible diferenciar, por un lado, según la habilitación competencial para conocer de estos procesos corresponda solo al tribunal constitucional u órgano supremo de la constitucionalidad (derecho procesal constitucional de la libertad en sentido reducido), o se extienda a todos o una parte de los tribunales ordinarios (incluyendo, además, en su caso, al tribunal constitucional), que sería el derecho procesal constitucional de la libertad en el sentido lato en que aquí utilizamos el concepto. Y de otro lado, es posible diferenciar entre la tutela específica y sumaria brindada por los tribunales nacionales (incluyendo, en su caso, al tribunal constitucional) a través de los correspondientes procesos, que es lo que constituiría el derecho procesal constitucional de la libertad en sentido propio, y la tutela específica y breve otorgada por determinados tribunales internacionales (singularmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) en la medida en que su competencia haya sido reconocida por el país de que se trate, que sería el derecho procesal "constitucional" internacional de la libertad, respecto del que no puede desconocerse que si bien se refiere a una tutela internacional, es claro que existe por virtud de un reconocimiento "nacional" de dicha instancia judicial internacional y que su objeto son derechos que, en su mayoría, gozarán también de rango constitucional, más allá de que algunos autores consideren incluso que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos son "tribunales constitucionales". Lo importante es que di-

chos tribunales, nacionales o internacionales, gocen de un estatuto mínimo de independencia e imparcialidad que permita considerarlos *in genere*, de hecho y de derecho, como verdaderos tribunales, como una auténtica jurisdicción.

Joaquín Brage Camazano

Derecho procesal constitucional general

La expresión "derecho procesal constitucional" tiene tres significaciones. Por una parte se utiliza para identificar el conjunto normativo diferenciado del ordenamiento jurídico (normas procesales de origen constitucional o derivadas de ellas). Así se habla, por ejemplo, de leyes de jurisdicción constitucional, leyes orgánicas de tribunales constitucionales o recientemente de códigos procesales constitucionales. También se utiliza para significar las actuaciones procedimentales que realizan los órganos de justicia constitucional, particularmente las realizadas por las jurisdicciones especializadas (tribunales, cortes o salas constitucionales), pero también las actuaciones o técnicas procesales de jueces ordinarios que ejercen control de constitucionalidad de las leyes en sus variadas formas y matices. Una tercera connotación refiere a su carácter científico; es decir, a la disciplina que estudia de manera sistemática la jurisdicción, magistratura, órganos, garantías, procesos, principios y demás instituciones para la protección de la constitución desde la ciencia del derecho.

Bajo esta última significación se advierten diversidad de posturas y enfoques contemporáneos, esencialmente focalizados con su denominación, su naturaleza jurídica y el contenido de la disciplina. Un primer problema deriva en el *nomen iuris* que debe atribuirse a la disciplina jurídica encargada del estudio del control de constitucionalidad de las leyes y en general de la supremacía constitucional. Así, se suele referir al "derecho procesal constitucional" como sinónimo de "justicia constitucional" o "jurisdicción constitucional".

Con independencia de las diferencias que pudieran derivarse de estas expresiones, las dos últimas anteceden a la primera. En el trabajo fundacional de Kelsen sobre "La garantía jurisdiccional de la Constitución" (París, 1928), hace referencia en múltiples ocasiones a los vocablos "justicia constitucional" (incluso en el subtítulo) o "jurisdicción constitucional" sin diferencias aparentes, para referirse al sistema de los medios técnicos que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales. Estas expresiones entraron al lenguaje habitual de los juristas desde los primeros estudios que analizan las tiernas experiencias de la jurisdicción constitucional concentrada (Austria, Checoslovaquia y España). Particularmente la terminología encontró eco a partir de la segunda posguerra, conforme se fueron afianzando los tribunales constitucionales en las nuevas democracias europeas y fueron apareciendo los estudios especializados. Desde entonces, la mayoría de los autores utilizan ambos términos sin distingos, y son pocos los que justifican su preferencia a favor de uno u otro. Algunos prefieren la expresión "justicia constitucional", por ser más amplia en su contenido (si se considera la diversidad de funciones "no jurisdiccionales" que hoy tienen los tribunales constitucionales), mientras que la "jurisdicción constitucional" la entienden limitativa, al centrarse en el órgano concentrado de control de constitucionalidad de las leyes. En cambio,

otros consideran demasiado amplio aquel concepto (pues el término "justicia" entra al campo filosófico), y prefieren el de "jurisdicción constitucional", al centrarse en el aspecto propiamente "judicial" del control constitucionalidad de las leyes, de tal manera que con la expresión "jurisdicción constitucional" estiman que abarca tanto al órgano "concentrado" como aquellos sistemas con control judicial "difuso" y también los "mixtos" y "paralelos".

En cambio, la expresión "derecho procesal constitucional" surge con posterioridad, siendo utilizada por vez primera por el jurista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, como naciente "rama procesal", tal y como lo demuestran sus pioneros trabajos en su exilio en Argentina (1944-45) y en México (1947). Precisamente en este último país surgen los trabajos sistemáticos de su discípulo Fix-Zamudio (1955-56), bajo el calor del procesalismo científico de la época, quedando desde entonces reflejada esta corriente. A partir de los años ochenta se divulga especialmente en Latinoamérica, donde se ha desarrollado una doctrina especializada, se han formado institutos (por ejemplo, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional), y se han creado cursos universitarios con esa precisa denominación. Así, con el ánimo de aclarar conceptos, un sector de la doctrina estima que en el fondo las expresiones "justicia constitucional" y "derecho procesal constitucional" no son incompatibles, y más bien resultan complementarias en la medida en que la primera se refiere al conjunto de instrumentos tutelares de la constitución que conforman el contenido del "derecho procesal Constitucional", siendo esta última la disciplina científica que los estudia.

En realidad, el problema de la denominación se encuentra íntimamente vinculado a otro problema relevante: el de la *naturaleza jurídica* del derecho procesal constitucional. En general existen en la actualidad dos posturas divergentes: la europea, que la considera como una parcela de estudio del derecho constitucional, bajo la denominación mayoritaria de "justicia constitucional". Esta óptica ha tenido una significación sobresaliente desde la dogmática constitucional y particularmente derivado del análisis científico de las sentencias constitucionales. La segunda postura, en plena formación, y que podríamos denominar "corriente latinoamericana", se viene desarrollando paulatinamente con una perspectiva distinta y como consecuencia natural del desenvolvimiento de las distintas ramas procesales. Esta vertiente defiende la "autonomía científica" del derecho procesal constitucional como una nueva manifestación del derecho público, con dos variantes: la que predica la "autonomía mixta", considerando que deben emplearse en su estudio los principios, instituciones, metodología y técnicas del derecho constitucional y del derecho procesal; y la que postula su "autonomía procesal", que partiendo de la teoría general del proceso, se considera deben construirse sus propias categorías, principios e instituciones, como lo han realizado las distintas ramas procesales, si bien con un acercamiento importante al derecho constitucional. Esta última postura es la más aceptada entre los juristas latinoamericanos y la que se ha ido paulatinamente consolidando. Bajo esta perspectiva, si bien se fundamenta en su aceptación como una disciplina procesal autónoma, los vasos comunicantes con el derecho constitucional son intensos, incluso con mayores proyecciones que las demás ramas procesales respecto a las materias

sustantivas (procesal civil o procesal penal, respecto al derecho civil o penal, por ejemplo), debido a que sus categorías esenciales suelen encontrarse en la propia ley fundamental.

Un tercer problema se dirige al *contenido o superficie* del derecho procesal constitucional. Existe una corriente elaborada en los años setenta, que ha tratado de ahondar en las delimitaciones entre lo "procesal" y lo "constitucional" (Fix-Zamudio). Esta postura parte de las ideas de Couture sobre las garantías constitucionales del proceso civil (1946-1948), para proponer la distinción entre dos disciplinas limítrofes y estrechamente vinculadas: el "derecho procesal constitucional" (como rama procesal) y el "derecho constitucional procesal" (como sector del derecho constitucional). La primera, al estudiar los órganos, garantías e instrumentos procesales para la salvaguardia de la Constitución. La segunda comprende las categorías procesales elevadas a rango constitucional, como la jurisdicción, las garantías judiciales (estabilidad, inamovilidad, remuneración, responsabilidad, etc.) y las garantías de las partes (acción procesal, debido proceso, etc.). Cuestión no pacífica en la doctrina contemporánea, al existir también posturas "amplias" que ubican las anteriores categorías en una sola.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

Derecho procesal constitucional orgánico

Es la rama del derecho procesal constitucional (en lo sucesivo "DPC") dentro de la que se aglutinan las garantías constitucionales o instrumentos procesales a través de los cuales se procura que el diseño del Estado y la distribución de competencias para tal efecto señaladas en la norma constitucional sea hecho efectivo. En la terminología del maestro Fix-Zamudio, precursor en estas temáticas, el derecho procesal constitucional orgánico (DPCO) es lo que originalmente denominaría "jurisdicción constitucional orgánica"; concepto que en su sistematización se entiende en oposición a la "jurisdicción constitucional de la libertad", como segmento que agrupa aquellos instrumentos que tienden a proteger los derechos o libertades (Fix-Zamudio 1998). Para el maestro en cita, el ahora referido DPCO comprende las garantías constitucionales tendentes a proteger directamente los principios y normas que consagran la distribución competencial del poder.

La distinción subycante, antes aludida, en el concepto de DPCO refleja la tradicional dicotomía constitucional que identifica como contenidos constitucionales, por un lado, los derechos fundamentales (antes referidos como "garantías individuales"), conocida en su conjunto como parte "dogmática"; y, por otro lado, la diversa parte "orgánica" de la Constitución. Conforme a esta dicotomía, la parte orgánica de la Constitución es aquella donde se diseña y organiza el Estado mismo y se delinean los trazos sobre los que se ejercerá el poder público.

En principio, parecería que son los órganos componentes del Estado quienes podrían reñir entre sí por el irrespeto a la parte organizacional de la Constitución; y, en tal virtud, es la controversia constitucional (CC) la vía natural que comprendería este tramo del DPC, pues ese es su objeto natural

o de origen. El maestro Fix-Zamudio ha considerado que en esta categoría se ubica dicho medio de control, y también las acciones de inconstitucionalidad, medios previstos, respectivamente, en las fracs. I y II del art. 105 constitucional. Más aún, la inclusión de las acciones de inconstitucionaliad en esta categoría amerita un comentario adicional; y cabe también considerar que hay otros instrumentos o procesos judiciales que pueden quedar considerados como parte del DPCO.

En efecto, la Constitución y la jurisprudencia han reconocido la posibilidad de que otros sujetos, de derecho público o particulares, puedan resentir que los órganos del Estado irrespeten los límites de su propio ámbito competencial y les han reconocido el derecho de acudir a tribunales a hacer efectivo ese derecho constitucional, de ahí que pueda señalarse —no sin dejar de insistir en que podría generarse alguna polémica— que hay otros medios de control constitucional que podrían clasificar con lo que venimos denominando DPCO (Hernández Chong Cuy 2011).

Esos otros medios para la resolución de conflictos que involucran la defensa o, más bien, hacer efectiva la parte organizacional o competencial de la Constitución son:

a) El conflicto de competencia entre órganos jurisdiccionales de distintos fueros. Este conflicto es raramente referido como una cuestión de control constitucional, pero sin duda es un conflicto competencial que tiene un origen constitucional, porque se presenta entre órganos del Estado que disputan cuestiones competenciales, que tiene como fuente su distinta interpretación de los arts. 73, 104 y 124 constitucionales. Se trata de un medio previsto constitucionalmente para que, ante la duda de a qué tribunales ("fuero judicial") corresponde juzgar un asunto, esto pueda ser aclarado por los propios tribunales, generalmente por un tercer tribunal. Corresponde, en origen, su conocimiento a la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, en virtud de sus facultades para dictar acuerdos generales, es una atribución que desde 2001 ha sido delegada por Acuerdo General (con base en el art. 94 constitucional) a los tribunales colegiados de circuito.

b) El juicio de amparo por invasión de esferas. También llamado "amparo por invasión de esferas", previsto en el art. 103, frac. III, de la Constitución, es una vía que *siempre que medie una afectación directa a un particular* —que es la cualidad distintiva del juicio de amparo—, se puede resolver si una autoridad actuó en detrimento o uso de facultades que le corresponden a otra, a propósito de un acto o ley que sea la que en particular haya sido impugnada en juicio. El conflicto en estos casos no se presenta ciertamente como una contención entre dos órganos políticos, sino más bien en un conflicto que tiene el particular (gobernado) con la autoridad, en tanto aquél considera que una cuestión competencial le causa agravio; pero se genera y se resuelve en clave y con base competencial (derecho constitucional organizacional).

c) La acción de inconstitucionalidad. Es una vía a través de la cual se estudia la conformidad de una norma con la Constitución, en la que la jurisprudencia ha admitido que, a merced de la revisión constitucional de la norma impugnada, se pueda verificar si el órgano Legislativo emisor actuó o no dentro de su esfera de competencias invadiendo la de otros. En efecto, se

ha sostenido que en tal vía se pueden estudiar: i) la regularidad del proceso legislativo del que emana la norma; ii) vicios de competencia o incompetencia para la expedición de la ley, y iii) el contenido de la ley por sí mismo. Esto significaría que la acción de inconstitucionalidad, según se presente de caso en caso, puede fungir como medio del DPCO o del DPC de la libertad.

En el *sentido amplio* a que ha venido aludiendo a litigios de orden competencial u órganico como sinonimia del DPCO los medios antes referidos tienen como materia de los mismos un elemento jurídico de orden competencial sobre el que los tribunales habrán de pronunciarse que, además, podrá ser determinante en la decisión judicial del caso y en la interpretación judicial de la parte organizacional de la Constitución.

Desde esta persepctiva, dentro del DPCO se podrían diferenciar aquellos medios que tienen por objeto salvaguardar un nicho competencial por sí mismo, o entre los que subyace un conflicto competencial en *sentido estricto* (entre los que ubicaríamos a la CC y conflictos de competencia entre fueros judiciales); de aquellos que tengan por objeto mediato (no inmediato) salvaguardar una esfera jurídica propia de derechos (juicio de amparo), criterio desde el cual la acción de inconstitucionalidad, dadas sus multiples funciones, sería de subclasificación contingente.

Más aún, dentro de los conflictos competenciales en sentido estricto podríamos proseguir distinguiendo en tipos más específicos de estos, como son: i) conflictos de orden "vindicativo", que serían aquellos en los que se hace valer que el demandado está realizando, casi a modo de usurpación, una facultad que corresponde a quien la demanda; ii) en forma de "incompetencia", en los que acusa al demandado de no tener competencia para actuar como lo ha hecho, *pero sin que quién demanda necesariamente vindique para sí la facultad en cuestión,* o iii) de forma "invasiva", en los que no se niega que el demandado pueda actuar en determinado rubro pero sí se le acusa de estar excediéndose en de lo que son los límites a las mismas (Hernández Chong Cuy 2011).

En México, estas distinciones no son de gran trascendencia, aunque son útiles pedagógicamente; pero en el DPC comparado no se trata de distinciones meramente teóricas, sino de alcances legales mayores. Por ejemplo, en otros países es necesario que en un conflicto competencial se haga valer una "vindicatio" para que se pueda considerar viable el juicio (García Roca 1993) (López Bofill 1999).

Lo antes dicho tiene como punto de partida que el respeto a los ámbitos de competencia de cada órgano del Estado no solo es exigible entre ellos mismos, sino también por quienes resulten por ello afectados en tanto se trata *a la vez* de un derecho de todos; de ahí que si este es nuestro punto de partida, resulte explicable que las fronteras entre ambas categorías del DPC puedan tener cierta flexibilidad.

María Amparo Hernández Chong Cuy

Derecho procesal electoral

Como imprescindible nota introductoria cabe señalar que el derecho electoral en México adquirió nuevo impulso, características y motivos, a par-

tir de la reforma de 1977 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y la expedición de la Ley de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales de ese año. Especial relevancia tuvo, en la teoría y en la praxis político-electoral, la institución del recurso de reclamación ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), para impugnar las determinaciones del Colegio Electoral de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, respecto de la calificación política de la elección de diputados federales.

Dada la determinante participación de la "sociedad civil" en la vida político-electoral de México, esta nueva etapa del derecho electoral se ha caracterizado por las múltiples reformas, adiciones y derogaciones a la CPEUM, en materia electoral, y a la legislación electoral ordinaria, tanto sustantiva como adjetiva, hasta modificar y adicionar incluso a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJF) en 1996 y 2008.

Prueba de esta dinámica legislativa son las modificaciones a la CPEUM en 1986, 1990, 1993, 1994, 1996, 2007, 2011 y 2012, con la correlativa expedición del Código Federal Electoral en 1987 (CFE) y el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (CFIPE) de 1990 y de 2008, con sus reformas en 1993, 1994 y 1996, así como la promulgación de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral de 1996 y sus reformas de julio de 2008.

Esta dinámica legislativa, sustentada en la realidad político-electoral de México, en los últimos 25 años del siglo XX y en los primeros doce años del siglo XXI, ha dado origen y consolidación a un nuevo apartado del derecho procesal mexicano, identificado como "derecho procesal electoral", que se ha desarrollado lentamente en la academia en general y en la producción bibliográfica en especial.

En cambio, en la cotidiana práctica jurisdiccional la evolución ha sido permanente, acelerada y de contenido evidente, incluso a partir de la institución del Tribunal de lo Contencioso Electoral, con la reforma al art. 60 de la CPEUM en diciembre de 1986 y la promulgación del CFE, en febrero de 1987.

Esta evolución se ha dado tanto en la legislación constitucional y ordinaria como en la jurisprudencia del Tribunal Federal Electoral (1990-1996) y del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF: 1996-2013), a pesar de la jurisprudencia de la SCJN que negó, por fortuna temporalmente, a la máxima autoridad jurisdiccional electoral la facultad de determinar la inaplicación de una norma legal, por ser contraria a la CPEUM.

Estas tesis de jurisprudencia de la SCJN provocaron que la Sala Superior del TEPJF procediera a resolver los juicios y recursos de su competencia, recurriendo a la interpretación constitucional conforme y, cuando ello era insuficiente, a dictar sentencia en términos de lo previsto en los tratados tuteladores de derechos humanos, celebrados por el presidente de la República, con aprobación de la Cámara de Senadores, que tienen naturaleza de ley suprema de la Federación, en términos del art. 133 de la CPEUM.

La reforma de 2007 al art. 99 de la CPEUM restituyó literalmente al TEPJF la facultad de declarar, al resolver un específico medio de impugnación

electoral, la inaplicación de un precepto legal, por considerarlo inconstitucional, lo cual ha coadyuvado a la acelerada y evidente evolución del derecho procesal electoral, enriquecido en el año 2011 con la reforma al art. 1o. de la CPEUM, en materia de derechos humanos, imponiendo a las autoridades, jurisdiccionales y administrativas, el deber de interpretar las leyes conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, con la intención siempre de proporcionar a las personas la protección más amplia.

Antes de definir este nuevo apartado del derecho procesal es necesario tener presente las diversas acepciones de la voz "derecho", tanto en su contenido normativo, como sistema de normas jurídicas legisladas, consuetudinarias y jurisprudenciales, incluidos los principios generales del derecho, como en su sentido subjetivo, como facultad prevista en una norma jurídica, para observar determinada conducta o para exigir de otro una conducta determinada y, finalmente, como ciencia, cuyo objeto de estudio son los sujetos de derecho, con y sin personalidad jurídica, las aludidas normas jurídicas, así como las facultades y deberes de naturaleza jurídica, comúnmente denominados obligaciones.

Bajo esta triple acepción, es decir, como rama de la ciencia jurídica, como conjunto sistematizado de normas jurídicas legisladas, consuetudinarias y jurisprudenciales, incluidos los principios generales del derecho y como conjunto de derechos y deberes de naturaleza jurídica, resulta oportuno definir al derecho procesal electoral como la rama o apartado autónomo del derecho público, que tiene por objeto inmediato, exclusivo y directo al proceso electoral.

Para este efecto se debe entender al proceso electoral como el conjunto sistematizado de hechos, actos y procedimientos jurídicos, de las partes directamente interesadas (actora o impugnante y responsable o demandada), de los terceros, vinculados (coadyuvante y tercero interesado) o ajenos a la relación sustancial (entre actor y responsable), así como del correspondiente órgano jurisdiccional del Estado, cuya finalidad consiste en resolver, mediante la aplicación del derecho, un conflicto de intereses jurídicos de trascendencia político-electoral, calificado por la pretensión de la actora y la resistencia de la responsable.

Esta rama del derecho procesal, tanto orgánico como dinámico o jurisdiccional, se caracteriza por ser autónoma, porque tiene legislación propia, tribunales especializados, doctrina o teoría jurídica específica y autonomía didáctica, por haber generado asignaturas y especialidades particulares en escuelas y facultades de derecho de las instituciones de estudios profesionales y de posgrado; sin embargo, lo más importante es que el derecho procesal electoral tiene principios e instituciones propios, si no totalmente distintos sí con características particulares, que los diferencian de los demás apartados del derecho.

No obstante, todavía falta dar contenido propio, sistematización y autonomía al derecho procesal electoral en otras latitudes; en especial en los países que ya han instituido tribunales electorales como los de México, cual sucede en Chile, Ecuador, Perú y República Dominicana.

Flavio Galván Rivera

Derechos colectivos

I. Concepto. Los derechos colectivos son un concepto ambiguo en muchos países, y México no es la excepción. Prueba de ello es que el legislador menciona tanto los conceptos de intereses como derechos, al hablar de los colectivos.

Ferrer Mac-Gregor alude a la utilización indistinta de los sustantivos "derechos" o "intereses"; sin embargo, esa denotación se explica: a) en cuanto la alusión a derechos se justifica cuando hay un reconocimiento legal como tal a favor de un titular y existe la correspondiente obligación o deberes específicos a cargo del destinatario; b) en cambio, la referencia a interés tiene cabida cuando a pesar de que no exista una específica y concreta obligación correlativa exigible, se confiere al afectado un poder de exigencia —reaccional— respecto a un contexto mínimo de legalidad, regularidad o responsabilidad ante la existencia un daño cualificado (ser desiguales a los que pudieran afectar al común de la población, es una expresión adecuada que se utiliza en leyes sobre responsabilidad patrimonial del Estado, pero que aclara la idea de la afectación cualificada) o afectación a intereses. Por lo tanto, en adelante se habla de derechos o intereses (D-I) como un concepto amplio que permite reconocer y hacer valer afectaciones, incluyendo supuestos que se ubiquen en zonas grises.

Como una afirmación general, puede decirse que D-I "difusos" y "colectivos" son básicamente derechos que pertenecen a un grupo, como un todo, para reaccionar ante eventos dañosos o que causen un menoscabo y obtener restituciones. Este género es distinto de los D-I "individuales homogéneos" que solo protegen derechos particulares y divisibles, especialmente mediante acciones colectivas, pero relacionadas con daños individuales.

Decir que un D-I tiene la característica de ser "transindividual" o "supraindividual" significa que no es de la titularidad de un individuo, sino que es atribuible a una entidad colectiva o plural, en lo referente a los sujetos, como un todo, y no solo se trata de una mera colección o agregación de derechos individuales.

Algunos ejemplos de D-I "supraindividuales" son la pureza del aire, la limpieza de un río, la veracidad de los anuncios o la seguridad de los productos, ya que la titularidad pertenece a un sector o segmento de la comunidad como un todo y no a un individuo específico ni al gobierno. En consecuencia, este derecho está situado en medio del derecho público y del derecho privado, ya que los destinatarios pueden ser el Estado o un particular y, por lo general, satisface intereses generales.

El concepto de "indivisibilidad del derecho" se refiere a que el objeto o bien tutelado por el D-I no puede ser dividido, en la medida en que no puede fraccionarse en casos o porciones individuales separadas. Esto significa que no es posible dividir el D-I en "cuotas" atribuibles de modo autónomo a cada uno de los miembros del grupo ni considerar a los individuos como titulares. Por tanto, existe tal relación estrecha entre los intereses de todos los miembros del grupo que cuando una decisión judicial es favorablemente otorgada a un miembro, ello implica la satisfacción a todos los demás, y cuando los D-I de uno solo de los miembros son violados, ello implica la violación de todos los D-I del grupo.

II. Clasificación. El Código Federal de Procedimientos Civiles (mexicano) en su art. 580, frac. I, los define y clasifica como "I. Derechos e intereses colectivos —*lato sensu*— que comprende a los difusos y a los colectivos —*stricto sensu*, entendidos como aquellos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada, relacionadas por circunstancias de hecho (difusos) o determinable y vinculadas por situaciones de derecho comunes (colectivos *stricto sensu*)".

III. Legislación. En los últimos años se han producido reformas aisladas y nuevas leyes que introducen, a partir de los D-I colectivos, a los individuales homogéneos, proveyendo las acciones colectivas como modalidad de instancias procesales, especialmente adecuadas para la defensa de los consumidores y del medio ambiente, que intentan compensar asimetrías y vulnerabilidades, aunque con ciertas modalidades respecto a límites en la legitimación.

Los códigos de procedimientos civiles estatales no las regulan, salvo en tres casos —Morelos (1993), Coahuila (1999) y Puebla (2007)— a pesar de existir algunas propuestas concretas de la doctrina mexicana para crear capítulos expresos en dichos ordenamientos.

IV. Jurisprudencia. Se puede apreciar, además, que previamente al trabajo legislativo, han sido los tribunales del Poder Judicial de la Federación quienes han venido insertando, a través de la jurisprudencia, las nociones de los conceptos de derecho colectivo y difuso.

Cabe destacar la tesis I.4o.C.136 C de rubro: "Intereses colectivos o difusos en procesos jurisdiccionales colectivos o individuales. Características inherentes", en la que se advierte que para adecuar la tutela de los D-I colectivos o difusos, el juzgador debe despojarse de la idea tradicional de los límites impuestos para la defensa de los intereses individuales o el derecho subjetivo de cada persona, para acudir a una interpretación jurídica avanzada, de vanguardia, en la cual potencialice las bases constitucionales con los criterios necesarios para preservar los valores protegidos y alcanzar los fines perseguidos, hacia una sociedad más justa, además de requerir una simplificación del proceso y su aceleración, para no hacer prolongada o costosa la tutela de estos derechos.

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis CCXXXV/2013 (10a), de rubro: "Comunidades y pueblos indígenas. Cualquiera de sus integrantes puede promover juicio de amparo en defensa de los derechos fundamentales colectivos", estipula el acceso pleno a la jurisdicción del Estado, cuando se trate de medios de defensa de derechos fundamentales, como es el juicio de amparo, y que debe permitir a cualquier integrante de una comunidad o pueblo indígena, instar a la autoridad jurisdiccional correspondiente para la defensa de los derechos humanos colectivos, con independencia de que se trate o no de los representantes de la comunidad, pues esto no puede ser una barrera para su disfrute pleno.

Igualmente, la Corte Constitucional Colombiana, en su sentencia C-622/07, determina que los derechos colectivos se caracterizan por ser derechos de solidaridad, participativos y no excluyentes, de alto espectro, en cuanto no constituyen un sistema cerrado a la evolución social y política, que pertenecen a todos y a cada uno de los individuos, y que como tales exigen una labor anti-

cipada de protección y una acción pronta de la justicia, inicialmente dirigida a impedir su afectación y, en su defecto, a lograr su inmediato restablecimiento, lo cual, precisamente, se logra a través de las llamadas acciones colectivas, populares y de grupo.

V. Legitimación. La legitimación procesal sufre distintas interpretaciones, sobre todo cuando debe analizarse quién es el afectado en casos de D-I difusos, surgiendo siempre el dilema de si quien promueve es la persona afectada o el titular del derecho lesionado. Este cuestionamiento se problematiza cuando de manera conjunta se deducen D-I colectivos y la reparación de individuales homogéneos, lo que justifica evaluar, por supuesto, dos referentes o estándares de legitimación *ad causam*.

En todos los casos es pertinente distinguir la naturaleza de los D-I afectados para así determinar quién debe promover la protección respectiva, atendiendo que los D-I pueden ser tutelados por el objeto o en razón de los sujetos que componen al grupo, de conformidad con la clasificación previamente citada en el apartado de legislación. En ese sentido, resulta que los derechos pueden tener el calificativo de colectivos en razón de los: a) sujetos (titular y destinatario), siendo transindividuales por corresponder a un conglomerado y ser imposible reducirlos o descomponerlos a la suma de derechos individuales, pero también por; b) objeto (bien, cosa, servicio o prestaciones) tenga el carácter de indivisible, y por ende es colectivo.

Jean Claude Tron Pëtit

Derechos de la personalidad

Los derechos de la personalidad son una institución de derecho civil. Su origen se presenta en la jurisprudencia francesa en el siglo XVIII, a través de la regla general de responsabilidad civil, que establece: "El que causa daño a otro tiene como sanción la obligación de repararlo", a la manera de la *actio iniuriarum* romana, contemplado en el Código Napoleón. Pero como noción surge en 1909 con la publicación de un artículo de E. H. Perreau titulado "Los derechos de la personalidad", donde contempla la reparación del daño cuando se afectan los sentimientos de una persona.

Existen varias definiciones de lo que conocemos como derechos de la personalidad. Para Castán Tobeñas, en la obra *Los derechos de la personalidad,* son "Aquellos que tienen por objeto los modos de ser, físicos morales, de la persona". Para Ferrara, son los derechos que "Garantizan el goce de nosotros mismos, aseguran al individuo el señorío de su propia persona, la actuación de las propias fuerza físicas y espirituales". Estas definiciones tienen carácter de derechos subjetivos, como facultad determinada por la norma jurídica a cada persona; sin embargo, deben contemplar situaciones actuales y concretas. Por ello nosotros definimos de la siguiente manera a los derechos de la personalidad: "derechos subjetivos privados con una doble faceta. La primera implica la autodeterminación y protección, y la otra es la facultad que tiene la persona para demandar la acción de reparación de los daños que haya sufrido. Todo ello recae sobre los bienes inmateriales más preciados para una persona, como su vida, honor, libertad, vida privada, etcétera".

Destacan de nuestra definición los siguientes elementos: primera. Son derechos subjetivos privados; segunda. Con doble faceta: a) Implica autodeterminación y protección. b) Faculta a la persona para demandar la reparación de los daños que haya sufrido. La tercera. Estas facultades se ejercen sobre bienes inmateriales, como la vida, la libertad, la igualdad, el honor, la vida privada, la imagen, los derechos sobre el cuerpo en vida, sobre el cadáver, sobre la voz, sobre la identidad, y muchos derechos más.

I. Son derechos subjetivos privados. Los derechos de la personalidad son derechos subjetivos porque la facultad o poder se encuentra en el orden jurídico. Kelsen señala al respecto: "La esencia del derecho subjetivo se encuentra en el hecho que la norma jurídica otorga al individuo el poder jurídico de reclamar mediante la acción por el incumplimiento de una obligación". Solo cuando la norma jurídica establece la existencia de derechos o facultades a favor de una persona se puede exigir su respeto a través de la acción jurisdiccional.

La definición propuesta destaca la *facultad que la persona tiene sobre sí misma*, pero estas potestades las tendrá con los límites establecidos dentro del orden jurídico. Si bien es cierto que la persona es el sujeto que puede disponer de sí misma, también lo es que no tiene el poder absoluto sobre sí. Los límites siempre han de estar fijados por la esfera jurídica del gobernado, que se encuentra determinado por el sistema jurídico al que pertenece.

Son derechos subjetivos privados porque la persona actúa en su protección contra la acción o conducta de un particular, siempre en relaciones entre igualdad, y no de particular a estado, porque en este supuesto se hablaría de violación directa a derechos humanos o garantías individuales, y estaríamos en materia de derecho constitucional y no civil. Mientras que los derechos humanos y las garantías individuales están garantizados por el derecho público e internacional, los derechos de la personalidad están garantizados por el derecho civil.

Así mismo, las instancias y los efectos por la violación de los derechos humanos, garantías individuales y derechos de la personalidad son diversos. Tratándose de derechos humanos, en nuestro país se pude acudir a la Comisión de Nacional de los Derechos Humanos o a las comisiones locales. El efecto es tener una resolución donde se recomiende a la autoridad responsable que verifique su actuar; mas dichas recomendaciones no son obligatorias para la autoridad en tanto que la violación a las garantías individuales es protegida a través del juicio de amparo, y el efecto es restituir al gobernado en el uso y goce de sus garantías.

En materia puramente civil, se acude a tribunales civiles, donde se busca obtener una sentencia favorable en la cual se obligue al demandado a reparar el daño moral causado.

II. Doble faceta: autodeterminación, protección y reparación del daño. 1. *Autoprotección*. Los derechos de la personalidad permiten que la persona participe activamente en autodeterminación. Gracias a esta facultad, la persona puede disponer de ciertas manifestaciones derivadas de estos derechos. Por ello, encontramos la posibilidad de la donación de órganos o hacer partícipes de hechos privados a otros, de tal manera que la persona dispone parcialmente de manifestaciones de estos derechos.

Los derechos de la personalidad como derechos subjetivos facultan a la persona para que ella misma intervenga en su protección. Un ejemplo claro es la facultad que tienen las personas para restringir su información privada que se encuentre en bases de datos. Este es el llamado *hábeas data* o protección de datos personales, que se ha incorporado en varios países, que se complementa con legislación particular sobre la materia.

Esta facultad hace en el caso de la protección de estos derechos de la personalidad, que participe activamente y pueda, a través de mecanismos jurídicos, realizar incluso actos jurídicos tendientes a garantizar sus intereses y procurar evitar daños de imposible reparación.

Como parte de su protección, ha de tomarse en cuenta la facultad que tiene la persona para acudir ante los tribunales y solicitar, ante una posible agresión, emitir las medidas pertinentes para evitar que se cause el daño, o para impedir que se siga causando, cuando éste ya se presentó.

2. *La reparación del daño*. Ante la injerencia, violación a afectación al grupo de bienes considerados en conjunto como derechos de la personalidad y trae aparejada la facultad para reclamar la reparación del daño moral, que consiste en una indemnización. Como regla general encontramos que debe ser fijada en dinero; sin embargo, encontramos la opción de reparación a través de conductas de hacer o no hacer. A manera de ejemplo, cuando la injerencia es contra el derecho al honor, como reparación del daño se otorga al afectado el derecho de réplica.

III. Bienes tutelados. El término de "derechos de la personalidad" engloba ciertos bienes superiores a los económicos, como la vida, el honor, etcétera; por ello muchos los consideran bienes, o en términos de derecho penal, son bienes jurídicamente tutelados; son valiosos por sí mismos, independientemente del valor económico. Señala con acierto Ihering que la tradición romana llamaba bien solo aquello apreciable económico, pero agrega que "La libertad, la vida, el honor, son inestimables". Y sin embrago, cuando se atenta contra ellos el derecho romano castigaba esta "violación de esos bienes con el pago de una suma de dinero impuesta como pena".

Por encima de la fortuna se colocan bienes de naturaleza moral, cuyo valor es mucho más grande: la personalidad, la libertad, el honor, los lazos de familia, porque sin esos bienes las riquezas exteriores no tendrían ningún precio.

La seguridad jurídica se logra, según Ihering, en la concepción de bienes jurídicos protegidos, independientemente de su valor económico o no, aunado al interés, utilidad y goce son para lograr seguridad jurídica. Por ello es que afirmó: "los derechos son intereses jurídicamente protegidos". Castán Tobeñas redondea perfectamente el argumento del alcance de la protección de los derechos subjetivos de la personalidad cuando señala que "La teoría de los derechos de la personalidad pertenece fundamentalmente al derecho privado. Ha respondido al propósito de que sean reconocidos y proclamados tales derechos como una nueva especie de derechos privados, dotados de protección civil". Por tanto, los derechos de la personalidad tienen como objeto garantizar la dignidad de la persona en las relaciones entre particulares.

Elvia Lucía Flores Ávalos

Derechos de los pueblos indígenas y recursos genéticos

I. Derechos indígenas contenidos en los documentos de derechos humanos. En el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, los Estados han sentido la necesidad de complementar las principales declaraciones y convenciones que abarcan los derechos humanos universales (la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) con varios documentos adicionales que contengan los derechos de grupos específicos (por ejemplo niños y personas con discapacidad). Se considera necesario este trabajo porque las personas ubicadas en estos grupos suelen ser especialmente y constantemente vulnerables a los abusos de derechos humanos, debido a un registro histórico de opresión y de los patrones persistentes de discriminación y/o marginación en muchas sociedades. Las mismas motivaciones subyacen a la creación de derechos de los pueblos indígenas dentro de los derechos humanos. Esto puede verse claramente en los siguientes argumentos presentados por el grupo de las Naciones Unidas para el desarrollo en sus *Directrices sobre Cuestiones Relativas a los Pueblos Indígenas*: "En muchos lugares del mundo, los pueblos indígenas enfrentan una historia de discriminación y exclusión que les ha mantenido al margen de las sociedades mayoritarias con las que conviven. Por esta razón, enfrentan grandes dificultades para mantener y formular sus propios modelos de desarrollo y bienestar y por consiguiente la pobreza y la exclusión les afectan de manera desproporcionada" (2008, 6). "Los pueblos indígenas, como colectivos, tienen culturas y cosmovisiones distintas y únicas, y sus necesidades actuales y aspiraciones para el futuro pueden diferir de aquellas de la población dominante. Su igual valor y dignidad sólo pueden ser asegurados por medio del reconocimiento y protección no sólo de sus derechos individuales sino también de sus derechos colectivos como grupos distintivos. Estos derechos pueden materializarse de manera significativa cuando se afirman colectivamente" (2008; 6).

Los derechos de los pueblos indígenas se articulan en dos principales documentos internacionales:

— El Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, un tratado jurídicamente vinculante adoptado por la Organización Internacional del Trabajo en 1989 (que sustituye al Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1957), y

— La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, una declaración de aspiraciones adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el 2007.

Estos documentos proporcionan reglas y recomendaciones para la protección de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas. Los primeros incluyen los derechos humanos universales asignados a cada uno, los últimos incluyen los derechos a la libre determinación de los pueblos, derechos sobre la tierra, recursos, conocimientos, instituciones, tradiciones y costumbres. Los pueblos indígenas son definidos por la Organización Internacional del Trabajo como:

"Los pueblos en países independientes considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país, o en una región

geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas" (Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, art. 1o.).

II. Los recursos genéticos en el derecho internacional. Los recursos genéticos es un término usado para describir el "material genético de valor real o potencial" que puede ser de "origen vegetal, animal, microbiano o de otro origen" (Convenio sobre la Diversidad Biológica, art. 2o.). Constituyen la base de la biodiversidad del planeta, son vitales para la producción agrícola, y se ha encontrando cada vez más, mayores aplicaciones para su uso industrial, por ejemplo, en la producción de productos farmacéuticos, productos agrícolas, los biocombustibles, tintes y enzimas. Muchas de las áreas donde se encuentran asentados los grupos indígenas son ricas en diversidad biológica, que es de gran interés para los grupos de investigación, públicos y privados, como fuente de los recursos genéticos.

El enfoque dominante del derecho internacional sobre los recursos genéticos es el de dotar de soberanía a los Estados de los derechos sobre los mismos. El acceso a los recursos genéticos se realiza con el consentimiento informado previo del Estado proveedor y debe ser negociado en condiciones mutuamente acordadas, incluidas las condiciones de participación en los beneficios del uso posterior de los recursos. El Convenio sobre la Diversidad Biológica es el principal ejemplo de este enfoque, pero también ocurre en otros acuerdos, como el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos.

Los documentos internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas incluyen el reconocimiento de los derechos en relación con los recursos naturales y los conocimientos asociados a los mismos. Algunas normas internacionales sobre recursos genéticos, como el Convenio sobre la Diversidad Biológica y su Protocolo de Nagoya, incluyen el reconocimiento de que los pueblos indígenas tienen derechos sobre algunos de los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado a ellos. Estas normas exigen que, al menos, deban ser consultados sobre el uso de sus conocimientos asociados a los recursos genéticos, así como en la negociación de los acuerdos de distribución de beneficios. Otras normas internacionales, las cuales pueden influir en demandas de propiedad sobre los recursos genéticos —como el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual— todavía no incorporan ese reconocimiento, y en la actualidad hay varios procesos de negociación en curso para tratar de conciliar esas normas con los derechos de los pueblos indígenas.

III. Los derechos colectivos sobre los recursos naturales y los conocimientos tradicionales en los documentos sobre derechos de los pueblos indígenas. El Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales no se refiere específicamente a los recursos genéticos, sin embargo, sus disposiciones en materia de recursos naturales tienden a aplicarse. Se especifica, por ejemplo, en el art. 15, que "Los derechos de los pueblos relacionados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán de protegerse especialmente. Estos

derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos".

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no se refiere específicamente a los recursos genéticos, se establece en el art. 31 que los pueblos indígenas tienen los derechos de "Mantener, controlar, proteger, desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y flora… también… tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales".

IV. La reflexión de estos derechos en las normas pertinentes a los recursos genéticos. Uno de los objetivos de la Convención sobre la Diversidad Biológica es "la participación justa y equitativa de los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos" (art. 1o.). La Convención aplica el enfoque de los derechos soberanos del Estado sobre los recursos genéticos, pero sí proporciona reconocimiento a la importancia de los conocimientos tradicionales, y compromete a los Estados a "respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales... y promover su amplia aplicación, con la aprobación y participación de quienes poseen esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente" (art. 8-j).

Para ir más allá de la elaboración de las disposiciones de la Convención sobre acceso y participación en los beneficios, se adoptó el Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Distribución Justa y Equitativa de los Beneficios Provenientes de su Utilización en el año 2010. Las disposiciones del Protocolo relativas a los pueblos indígenas se centran principalmente en los derechos sobre el conocimiento tradicional, con un cierto reconocimiento de la inseparabilidad que este conocimiento conlleva sobre los recursos genéticos Lo anterior alienta a los Estados a proporcionar una distribución justa y equitativa de los beneficios con la comunidad que provee estos recursos para la utilización de estos conocimientos y recursos, y el otorgamiento previo del consentimiento informado el acceso en condiciones mutuamente convenidas.

El Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos (adoptado por la Organización para la Agricultura y la Alimentación en 2001), reconoce las contribuciones de las comunidades indígenas y locales, en el desarrollo de varios recursos genéticos de plantas; sin embargo, las disposiciones de distribución de beneficios se centran principalmente en los pequeños agricultores en los países en desarrollo.

Existe una amplia preocupación por parte de algunos Estados y comunidades indígenas acerca de las disposiciones de la Convención sobre la Diversidad Biológica, el Protocolo de Nagoya y los derechos de los pueblos indígenas en general, puesto que no están adecuadamente reflejados en las normas internacionales en materia de derechos de propiedad intelectual. La discusión de

estos temas se ha desarrollado principalmente en dos foros internacionales: el Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual de la Organización Mundial del Comercio y el Comité Intergubernamental de Expertos sobre los Derechos de Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Preocupaciones similares se han planteado en ambos foros en la última década, pero los avances en el Comité de Recursos Genéticos son más avanzados. Se han producido varios documentos de orientación y una base de datos en línea sobre la biodiversidad y el acceso relacionado a los acuerdos de distribución de beneficios. Actualmente se está en el proceso de elaboración de uno o más instrumentos legales "para la protección eficaz de las expresiones culturales tradicionales y los conocimientos tradicionales, y para hacer frente a los aspectos de propiedad intelectual sobre el acceso y participación de los beneficios de los recursos genéticos" (OMPI, sin fecha).

Las principales preocupaciones planteadas han sido: el patentamiento del uso de los conocimientos tradicionales, el cual no ha ha sido adecuadamente reconocido en búsquedas previas del estado del arte; que puede haber malversación o mal uso de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales sin el consentimiento previo de los titulares indígenas, y que no se requiere la revelación de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales, ni que haya evidencia de haber obtenido el consentimiento informado previo en condiciones mutuamente convenidas. Más detalles acerca de estos temas se pueden encontrar, por ejemplo, en la Organización Mundial del Comercio de 2006 / Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual, reporte de *La Protección de los Conocimientos Tradicionales y Folclore: Resumen de las Cuestiones Planteadas*, y a través de la página web de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (www.wipo.int/tk/en/igc/).

Catherine Rhodes
(traducción de María de Jesús Medina-Arellano
y Emily Guadalupe Patrón Becerra)

Derechos del niño (general)

Por derechos del "niño" debemos entender los derechos humanos que corresponden a las personas menores de edad, tanto aquellos derivados de su condición de seres humanos como por su situación de minoría de edad. El art. 1o. de la Convención sobre los Derechos del Niño identifica como "niño" a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la legislación aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad, es decir, cada Estado tiene la facultad de determinar el límite de la minoría de edad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha adoptado el criterio establecido por la Convención para definir lo que se entiende por "niño", para referirse a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad (OC-17/2002).

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, constituye el instrumento jurídico que, en buena medida, da forma a los derechos de

las personas menores de edad. Los antecedentes de este instrumento son la Declaración de Ginebra (1924) y la Declaración sobre los Derechos del Niño (1989). A diferencia de la Convención, las dos declaraciones son catálogos limitados de derechos que se orientan principalmente de la protección de los niños y no son jurídicamente vinculantes. La Convención, por su parte, consta de 54 artículos, que recogen derechos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y crea el Comité de los Derechos del Niño como órgano encargado de la supervisión del cumplimiento de las obligaciones por parte de los Estados.

El tratado se complementa con tres protocolos facultativos: Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, y Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones.

En la Observación General núm. 5, *Medidas generales de aplicación de la Convención*, el Comité identifica cuarto artículos que constituyen principios generales: interés superior del niño (art. 3o.); no discriminación (art. 2o.); derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (art. 6o.); y derecho a opinar en todos los asuntos que le afectan y a que sean debidamente tomadas en consideración sus opiniones (art. 12).

La discusión teórica en relación con los derechos del niño se centró durante muchos años en el debate sobre la autonomía. En este sentido, algunos autores defensores de la teoría voluntarista se oponían a reconocer la titularidad de derechos subjetivos durante la infancia, debido a la ausencia de capacidad de autonomía de la voluntad. Desde esta postura los derechos subjetivos constituyen ámbitos de protección de las decisiones del individuo que implican la posibilidad de ejercer el derecho o renunciar a él, por lo que los niños no pueden ser titulares de derechos al carecer de esta capacidad. En contraste, las teorías del interés, que consideran que el origen de los derechos subjetivos son los intereses de las personas, defienden la utilización del lenguaje de los derechos para las personas menores de edad. Uno de los textos más representativos de este debate es "Children's Rights: a Test-Case for Theories of Right" (1976), de la autoría de Neil MacCormick.

Sin embargo, ambas posturas comparten la premisa de la incapacidad de las personas menores de edad, lo que ha sido cuestionado por la literatura dedicada a los derechos de la infancia de los últimos años, así como por las observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño en su interpretación de los artículos de la Convención. Este "paradigma de la minoridad" que sustenta la existencia de dos categorías perfectamente diferenciadas, menores-incapaces y ciudadanos-capaces, ha sido cuestionado por el concepto de autonomía progresiva, que sostiene la posibilidad de ir reconociendo facultades de manera gradual, conforme al desarrollo de las capacidades de la persona y pone un especial énfasis en el derecho a la participación.

La protección constitucional de los derechos del niño ha tomado diversas formas: en algunos casos se menciona expresamente a los niños y se les atribu-

yen algunos derechos, en otros casos se reconoce a los niños como titulares de derechos y se hace una remisión al derecho internacional y, un tercer modelo establece derechos a favor de la familia y los hijos. Es este último el más frecuente en las Constituciones latinoamericanas, aunque no el más adecuado, pues circunscribe al niño en el núcleo familiar, sin reconocerle todos aquellos derechos fuera de éste, además de que excluye a aquellos niños que, por alguna razón, no tienen una familia.

En las últimas décadas y como resultado de la aplicación de la Convención, se ha comenzado a utilizar, en el idioma castellano, la expresión "niñas, niños y adolescentes" para referirse a los destinatarios de las garantías derivadas de los instrumentos internacionales y la legislación nacional. Esta distinción obedece a la importancia de incorporar la perspectiva de género, visibilizando a las niñas y, en segundo término, a diferenciar la infancia de la adolescencia con el fin de ir reconociendo la capacidad de autonomía progresiva, que incluye un régimen especial para las personas —adolescentes— en conflicto con la ley penal.

Mónica González Contró

Derechos del niño (jurisprudencia interamericana)

En América Latina se explica la Convención sobre los Derechos del Niño como el paso de la "Doctrina de la Situación Irregular" a la "Doctrina de la Protección Integral" (Emilio García Méndez, Mary Beloff, Daniel O'Donell). Según esta teoría, antes de la Convención, la ley distinguía entre "menores" y "niños", siendo los primeros aquellos en condición de abandono o en conflicto con la ley penal y los segundos quienes estaban dentro del ámbito destinado a la infancia, la familia y la escuela. La "Doctrina de la situación irregular" legitimaba la intervención (generalmente traducida en institucionalización) por parte del Estado sobre los "menores" en situación de abandono o peligro, así como hacia aquellos que habían cometido un delito. La Convención, por el contrario, reconoce como titulares de un amplio catálogo de derechos a todas las niñas y niños, sin importar su condición.

En el ámbito interamericano no existe un instrumento específicamente dirigido a las personas menores de edad. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) se limita a establecer en el art. 19 que: *Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.* La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que a este artículo debe dársele una interpretación dinámica que reconozca al niño como verdadero sujeto de derechos y no únicamente como objeto de protección (OC-17/2002).

La Corte ha reiterado en diversas resoluciones también que tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte del *corups iuris* de protección internacional y se ha pronunciado sobre las obligaciones de los Estados derivadas de estos tratados.

En 2001, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte una solicitud de Opinión Consultiva *sobre la interpretación de los artículos*

8o. y 25 de la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen "límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados" en relación a niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana. En respuesta a esta solicitud, la Corte emitió el 28 de agosto de 2002 la Opinión Consultiva 17/2002 sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*.

La opinión señala que niñas y niños *poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos —menores y adultos— y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado*. Se subraya también la obligación del Estado de adoptar medidas positivas para la garantía de estos derechos.

Se destaca el papel de la familia como núcleo primordial para el desarrollo del niño; de acuerdo con lo anterior, debe garantizarse el derecho a la identidad, a ser cuidado y educado por sus padres y a mantener relaciones familiares.

En relación con los adolescentes en conflicto con la ley penal, la OC-17 establece la obligación de crear un sistema especial, diferenciado de aquel dirigido a los adultos, en donde se garanticen los principios materiales y procesales que corresponden al debido proceso: a) juez natural; b) doble instancia y recurso efectivo; c) principio de inocencia; d) principio de contradictorio; e) principio de publicidad.

En la jurisprudencia de la corte se considera también que las violaciones a los derechos humanos, cuando las víctimas son menores de edad, revisten una gravedad especial, ya que sus derechos son contemplados tanto en la Convención Americana, como en la Convención de Naciones Unidas y otros documentos ampliamente reconocidos por la comunidad internacional. El interés superior del niño se entiende así como la garantía de todos sus derechos y la obligación de asegurar el acceso a lo necesario para su desarrollo, que debe ser considerado tanto en la legislación como en su aplicación.

En lo referente al derecho a la vida, la condición de ser niño obliga a la aplicación de un estándar más alto para la calificación de acciones que atenten contra su integridad personal y obliga a los Estados a prevenir situaciones que pudieran conducir a su afectación. Asimismo, supone que la vida revista condiciones dignas, lo que implica la garantía del derecho al acceso al agua, alimentación, salud y educación. El incumplimiento en la adopción de medidas especiales, cuando tiene como consecuencia la muerte de la persona menor de edad, constituye una violación del derecho a la vida imputable al estado.

En algunas de las resoluciones las niñas y niños son considerados como víctimas a causa de los daños ocasionados por la vulneración de los derechos humanos de sus padres y que les afectan negativamente; por ejemplo en el caso de niños indígenas desplazados.

El desarrollo integral del niño constituye, según la corte, el objetivo de los tratados internacionales en la materia. La jurisprudencia interamericana reitera la interpretación hecha por el Comité de los Derechos del Niño, considerando al desarrollo como un concepto holístico que incluye los aspectos físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social. Considera también que

la discriminación puede conducir a la vulneración de otros derechos, ya sea por negar el acceso a un derecho (por ejemplo, el registro civil) o derivado de la estigmatización que vincula la delincuencia con las condiciones de pobreza.

La Corte Interamericana se ha pronunciado en diversos casos contenciosos sobre los derechos del niño. La primera resolución en la materia fue el Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) *vs*. Guatemala (1999). Otras sentencias relevantes son: Bulacio *vs*. Argentina (2003), Hermanos Paquiyauri *vs*. Perú (2004), "Instituto de Reeducación del Menor" *vs*. Paraguay (2004), Niñas Yean y Bosico *vs*. República Dominicana (2005), Masacre de Mapiripán *vs*. Colombia (2005), Hermanas Serrano Cruz *vs*. El Salvador (2005), Vargas Areco *vs*. Paraguay (2006), Servellón García *vs*. Honduras (2006), Masacres de Ituango *vs*. Colombia (2006), Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs*. Paraguay (2006), Tiu Tojín *vs*. Guatemala (2008), Masacre de las Dos Erres *vs*. Guatemala (2009), Comunidad Indígena Xákmok Kásek. *vs*. Paraguay (2010), Rosendo Cantú *vs*. *México (2010),* Chitay Nech y otros *vs*. Guatemala (2010), González y otras ("Campo Algodonero") *vs*. México (2011), Gelman *vs*. Uruguay (2011), Familia Barrios *vs*. Venezuela (2011), Atala Riffo y niñas *vs*. Chile (2012), Forneron e hija *vs*. Argentina (2012), Furlan y familiares *vs*. Argentina (2012), Mendoza y otros *vs*. Argentina (2013).

Mónica González Contró

Derechos fundamentales (fuerza expansiva)

Las Constituciones de la segunda mitad del siglo XXI (las que se han llamado Constituciones del neoconstitucionalismo), se caracterizan por ser textos considerablemente más amplios que las que se habían expedido con anterioridad a ese tiempo, y además, están plagadas de normas redactadas en forma de principios, lo que significa que tienen un alto grado de generalidad y vaguedad.

Como se sabe, la aplicación de los principios debe llevarse a cabo en la mayor medida posible (por eso Robert Alexy define a los principios como "mandatos de optimización"), considerando las posibilidades fácticas y jurídicas. Estas últimas, las posibilidades jurídicas, están determinadas por la presencia en el ordenamiento constitucional de principios opuestos, que van configurando y limitando el alcance de cada derecho fundamental.

Al respecto, Robert Alexy señala que los principios "están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones acerca de lo fáctica y jurídicamente posible".

Esta visión de los principios nos permite afirmar que tienen una "lógica expansiva", dado que se deben aplicar en la mayor medida posible. Un altísimo porcentaje de las normas que regulan derechos fundamentales son precisamente principios, lo que explica y justifica la llamada "fuerza expansiva" de

los derechos, la cual vendría determinada en virtud de su peculiar estructura normativa.

Por otra parte, la fuerza expansiva de los derechos fundamentales deviene también de las técnicas de interpretación que les son propias y que explican lo que algunos autores como Riccardo Guastini han llamado la "constitucionalización del ordenamiento jurídico".

De acuerdo con Guastini, por "constitucionalización del ordenamiento jurídico" podemos entender "un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente "impregnado" por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales". Dicha constitucionalización no es un proceso bipolar (verdadero o falso), sino que se puede ir dando conforme cada ordenamiento vaya reuniendo algunas características.

Una de las características de la llamada constitucionalización del ordenamiento jurídico es la "sobreinterpretación" de la Constitución. Dicha sobreinterpretación se produce cuando los intérpretes constitucionales (que son tanto los encargados de desempeñar la jurisdicción constitucional como los jueces ordinarios, los demás órganos del Estado y los juristas en general) no se limitan a llevar a cabo una interpretación literal de la Constitución, sino que adoptan una interpretación extensiva, utilizando cuando sea posible el argumento *a simili*. A través de este tipo de interpretación se pueden extraer del texto constitucional innumerables normas implícitas, idóneas para regular casi cualquier aspecto de la vida social y política, y por ende, idóneas también para condicionar de forma muy incisiva el contenido de una parte del ordenamiento jurídico. "Cuando la Constitución es sobreinterpretada (apunta Guastini) no quedan espacios vacíos de —o sea, "libres" del— derecho constitucional: toda decisión legislativa está prerregulada (quizá aún, minuciosamente regulada) por una u otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional".

La influencia del derecho constitucional se extiende, desde esta perspectiva, tanto a su objeto tradicional de regulación que son los poderes públicos, sus competencias y sus relaciones con los particulares, como a las diversas ramas del derecho privado, que también se ven condicionadas por los mandatos constitucionales, entre los cuales destacan —por la magnitud de su impacto sobre el derecho privado— las normas constitucionales que establecen los derechos fundamentales.

Como apunta Konrad Hesse, "los derechos fundamentales influyen en todo el derecho... no solo cuando tiene por objeto las relaciones jurídicas de los ciudadanos con los poderes públicos, sino también cuando regula las relaciones jurídicas entre los particulares. En tal medida sirven de pauta tanto para el legislador como para las demás instancias que aplican el derecho, todas las cuales al establecer, interpretar y poner en práctica normas jurídicas habrán de tener en cuenta el efecto de los derechos fundamentales".

Una de las técnicas mediante las que se plasma en la realidad dicha sobreinterpretación es la llamada "interpretación conforme", prevista expresamente en el párrafo segundo del art. 1o. de nuestra Constitución mexicana, a partir de la reforma del 10 de junio de 2011. La interpretación conforme implica la creación de una especie de bloque de constitucionalidad (integrado no solamente por la carta magna, sino también por los propios tratados internacionales), a la luz del cual se deberá interpretar el conjunto del ordenamiento jurídico mexicano.

Un ejemplo parecido a la regulación que contiene nuestro texto constitucional se encuentra en el art. 10.2 de la Constitución española, que establece lo siguiente: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

En consecuencia con lo que llevamos dicho, se puede afirmar que la fuerza expansiva de los derechos fundamentales deviene de su peculiar estructura normativa (dado que son normas redactadas en forma de principios) y de las técnicas de interpretación que caracterizan al llamado neoconstitucionalismo, entre las que cabe destacar la "interpretación conforme". A partir de dicha fuerza expansiva, el conjunto del sistema jurídico debe ser leído e interpretado desde la óptica de los derechos fundamentales, los cuales condicionan tanto la validez como los sentidos hermenéuticos posibles de todas las normas jurídicas que forman parte del ordenamiento.

Miguel Carbonell

Derechos fundamentales (titularidad)

Los derechos fundamentales tienen como principal cometido proteger los bienes más esenciales de todo ser humano. Ernesto Garzón Valdés ha llamado los bienes básicos, que son aquellos que nos hacen moralmente autónomos. Es decir, los bienes que nos hacen personas de verdad, y no meramente seres que nacen, respiran, se reproducen (o no) y mueren.

Es precisamente por ello, dado que la humanidad comparte en lo más esencial las mismas necesidades, que podemos decir que los sujetos de los derechos humanos son todas las personas, en correspondencia con su característica de proteger los bienes más básicos y esenciales de cualquier ser humano.

Esa regla general es reconocida además por la mayor parte de los tratados internacionales en la materia y por muchos textos constitucionales. En el caso de México cabe recordar que el art. 1o. de la Constitución establece desde su primer párrafo que "En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte". De esa manera, podemos afirmar que el sujeto de los derechos es el más amplio posible: toda persona.

En la categoría de personas se incluye tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas o morales. En el caso de las personas jurídicas, la titularidad de derechos estará restringida a aquellos que no requieran —dado su

contenido normativo de un ejercicio— personalísimo; por tanto, las personas jurídicas serán titulares de aquellos derechos que sean compatibles con su propia naturaleza. En otras palabras, las personas jurídicas serán titulares de aquellos derechos de acuerdo con su naturaleza, es decir, lo serán de aquellos que por su objeto no sean propios y exclusivos de las personas físicas.

Así por ejemplo, las personas jurídicas podrán ser titulares del derecho a la igualdad, de la inviolabilidad del domicilio, de la libertad de asociación (para integrarse en un conjunto de sociedades o agrupaciones, por ejemplo), del derecho a la información, de los derechos en materia tributaria, del derecho a no pagar multas excesivas, de las libertades económicas, del derecho de petición, del derecho a una tutela judicial efectiva, etcétera. Pero no serán titulares del derecho a la reintegración de los presos a la sociedad, del derecho a la protección de la salud, del derecho a la educación, de la protección frente a la pena de muerte, de los derechos de las personas con discapacidad, del derecho de sufragio activo y pasivo, etcétera.

En el derecho comparado abunda la evidencia sobre lo que se acaba de señalar, en el sentido de que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales. Así por ejemplo, la Constitución de Alemania establece que "Los derechos fundamentales son extensivos a las personas jurídicas nacionales en la medida en que, según su respectiva naturaleza, les sean aplicables" (art. 19.3). De forma parecida, el art. 12 de la Constitución de Portugal dispone que "Las personas colectivas gozarán de los derechos y estarán sujetas a los deberes que se consignan en la Constitución" (art. 12.2.).

En otros países el tema se ha desarrollado por vía jurisprudencial; es el caso de España, en donde el Tribunal Constitucional ha señalado que "en nuestro ordenamiento constitucional, aunque no se explicite en los términos con que se proclama en los textos constitucionales de otros Estados, los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas" (sentencia 23/1989).

En ocasiones este tipo de pronunciamientos constitucionales se han tenido que dictar debido a que la legislación sobre los medios de tutela de la Constitución reconocía legitimidad activa a las personas jurídicas; es decir, le permitía promover por ejemplo juicios de amparo. A partir de esa legitimación, las personas jurídicas fueron explorando las posibilidades que la jurisdicción constitucional estaba dispuesta a reconocerles en términos de su posible titularidad de derechos.

La Comisión de Derechos Humanos de la ONU se ha referido al tema de la titularidad de derechos por parte de personas jurídicas en su observación general núm. 31, relativa a la índole de las obligaciones de los Estados generadas por los derechos humanos.

En ese documento, la Comisión señala que "[l]os beneficiarios de los derechos reconocidos en el Pacto (se refiere al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la ONU en 1966) son los individuos. Si bien, a excepción del art. 1o., el Pacto no menciona los derechos de las personas jurídicas o de entidades o colectividades similares, muchos de los derechos reconocidos en el Pacto… pueden ser disfrutados colectivamente. El hecho

de que la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones se limite a las presentadas por individuos, o en nombre de estos (art. 1o. del Protocolo Facultativo), no impide que un individuo alegue que una acción u omisión atañe a una persona jurídica o entidad similar equivale a una violación de sus propios derechos" (párrafo 9).

Ahora bien, es cierto que en el constitucionalismo contemporáneo hay algunos derechos humanos cuya titularidad corresponde solamente a quienes sean ciudadanos de un determinado país. En México se requiere la ciudadanía para poder ejercer los llamados "derechos de participación política", enunciados en el art. 35 de nuestra carta magna (entre esos derechos se encuentra el derecho de votar y de ser votado). En muchos países democráticos se sigue manteniendo el obstáculo de la ciudadanía como requisito para el ejercicio de ciertos derechos, pese a que los fenómenos de la globalización y las migraciones masivas lo hacen cada vez más desaconsejable e injusto.

Por otra parte, cabe señalar que los sujetos de los derechos se han ido especificando, en función de las distintas tareas o roles que desempeñan las personas a lo largo de su vida. Las primeras declaraciones de derechos se referían en general a los derechos de las personas o de los ciudadanos, pero las constituciones más recientes y los tratados internacionales ya abordan aspectos específicos de la vida de los seres humanos, los cuales las pueden llegar a situar en una situación de vulnerabilidad.

De acuerdo con lo anterior, se habla actualmente ya no solamente de derechos de personas en general, sino de derechos de los trabajadores, campesinos, personas con discapacidad, niños, mujeres, pacientes, migrantes, reclusos, adultos mayores, etcétera.

De forma parecida, se ha producido un fenómeno que podríamos llamar de "especificación" en función del tipo de derechos, los cuales han ido tomando características cada vez más detalladas, en virtud precisamente de las nuevas necesidades que surgen en los Estados constitucionales de derecho. Así es como se habla en muchos textos constitucionales ya no de la igualdad o de la libertad en general, sino en concreto del derecho al medio ambiente, del derecho al agua, del derecho a la alimentación, etcétera.

La enunciación de los derechos se ha ido particularizando con el paso del tiempo, los catálogos constitucionales o convencionales en que tales derechos están plasmados contienen en la actualidad lo que podría denominarse una "microrregulación" de los mismos, como resultado de dicho proceso de especificación de sus contenidos.

También se comienza a hablar de la posibilidad de añadir como nuevos derechos humanos el del acceso a internet (en México ya previsto en el art. 6o. constitucional), los derechos políticos de los migrantes, los derechos de las generaciones futuras, el matrimonio gay, el derecho a una muerte digna, los derechos de los animales no humanos o el derecho a la renta básica. Lo anterior demuestra que el debate sobre los derechos humanos y sus titulares es un debate abierto, en el que siguen existiendo muchas preguntas todavía sin respuesta. Es probable que en el futuro sigamos viendo una ampliación de los catálogos de derechos, en la medida en que van surgiendo fenómenos que ponen en riesgo la dignidad de la persona.

Es algo que debemos alentar, sin hacer caso a quienes se quejan de que hay un proceso de "inflación" de los derechos humanos y de que ya son demasiados los derechos que hoy tienen las personas. Lo cierto es que los derechos humanos —como ya se dijo— protegen los bienes más importantes de toda persona, de modo que si en un momento dado llegan a plasmarse como tales es porque hay poderosas razones que lo justifican. La mejor prueba de ello es que todos los derechos o expectativas que se han ido incorporando a las constituciones y a los tratados internacionales a lo largo del tiempo han llegado para quedarse: ninguno ha sido derogado o removido del ordenamiento jurídico que lo ha previsto como tal.

La de los derechos es una "matriz expansiva", ya que se van añadiendo nuevos derechos pero nunca se restan derechos o se comprimen las declaraciones en las que están contenidos.

Miguel Carbonell

Derechos humanos (aspectos bioéticos)

El desarrollo científico a lo largo del siglo XX experimentó una transformación cualitativa especialmente importante, caracterizada por la posibilidad de aplicación del conocimiento científico de manera mucho más rápida mediante la tecnología, que no es finalmente más que conocimiento aplicado, de ahí incluso que se haya acuñado el término de "desarrollo tecnocientífico". En los siglos anteriores el desarrollo de la ciencia era más lento, y más aún lo era la posibilidad de aplicación práctica de ese conocimiento con impacto y utilidad para la vida cotidiana de las personas.

La ciencia ha transformado al mundo, las sociedades e incluso a las personas en unos cuantos años. La transformación de nuestro mundo en solo un siglo, el XX, que pasó del transporte con tracción animal a los viajes interplanetarios, del horror y la crueldad de los campos de las guerras mundiales a la llamada "guerra fría", en que la humanidad vivía pendiente y temerosa del estallido de una conflagración atómica que habría de significar el fin de la humanidad, hasta la internacionalización y universalización de los derechos humanos, que no obstante sus características como producto cultural occidental, hoy tienen un reconocimiento y aceptación generalizados a nivel mundial.

A partir de la segunda mitad del siglo pasado, la biología y las ciencias de la salud se sumaron al vertiginoso tren de alta velocidad de la producción científica y tecnológica, lo que vino a redimensionar la relación de los individuos con la vida en general y con la vida humana en particular, especialmente a partir del descubrimiento en 1953 por Watson y Crick de la estructura de la doble hélice de la molécula del ADN, que abrió las puertas a un replanteamiento del conocimiento biológico y sobre la vida humana misma, así como a la promesa de grandes desarrollos en el área médica y de la atención de la salud.

El desarrollo de las ciencias y la tecnología, en especial en el campo de las ciencias médicas y biológicas, que han propiciado cada vez mayor impacto de la actividad humana en el medio ambiente y su degradación, fueron el detonante de las preocupaciones del bioquímico, profesor e investigador de oncología de la Escuela de Medicina de la Universidad de Wisconsin, Van

Rensselaer Potter, que en 1970, apartándose de su campo de investigación, publicó un artículo titulado "Bioética, la ciencia de la supervivencia", y al año siguiente su famoso libro *Bioética, puente hacia el futuro*, con lo que dio origen a una nueva disciplina, que hoy tiene un amplísimo impacto y desarrollo en todo el mundo.

La bioética surgió desde su inicio como un campo de trabajo interdisciplinario, que busca aprovechar el conocimiento de las ciencias físicas, biológicas, sociales y humanísticas, para que en un esfuerzo de trabajo y reflexión conjuntos se puedan alcanzar consensos éticos sobre los nuevos problemas relacionados con la vida que nos plantean los desarrollos científicos y tecnológicos, que nos enfrentan a realidades cualitativamente diferentes a las que ya conocíamos.

El derecho se ubica entre las ciencias o disciplinas morales, en tanto pretende orientar la conducta humana de acuerdo con valores, primando por supuesto la realización de la justicia en las relaciones sociales. Aunque el derecho no se confunde con la moral, pues tiene una identidad propia, puede afirmarse de forma general que el derecho en su conjunto sirve a la ética, en tanto que mediante el derecho se institucionalizan en la sociedad los valores identificados como los más importantes para la convivencia, y en ese contexto los derechos humanos son el desarrollo ético más acabado, incluso puede afirmarse que hoy día constituyen el núcleo ético del derecho

El derecho recoge de la sociedad los valores que ésta ha asumiendo como propios y los transforma en bienes y valores jurídicos que desarrolla y con los que dota de contenido a las normas jurídicas. Por eso el derecho no es ni puede ser arbitrario, todo el sistema jurídico está dotado (o debiera estarlo) de un contenido ético que le da sentido y fuerza a la obligatoriedad de las normas jurídicas, al grado de que es en razón de esos valores que podemos hablar de la existencia de una obligación moral de obedecer el derecho.

Al ser los derechos humanos, como lo hemos dicho arriba, el núcleo ético del derecho y su regla moral, en un sentido práctico, además de la expresión jurídica de la dignidad humana, son de manera natural el punto de contacto entre el derecho y la bioética, pues los derechos humanos habrán de reflejar y recoger los consensos que se alcancen en la reflexión ética sobre estas nuevas situaciones. Más aún, los derechos humanos mismos deben ser considerados como una parte de la bioética, en cuanto son expresión de los principios éticos desarrollados dentro del propio derecho como sistema ético normativo. Así el derecho es parte de la bioética misma en tanto disciplina inter y multidisciplinaria, única forma capaz de abordar la riqueza y multidimensionalidad de las realidades que estudia.

Por otra parte, el vínculo entre la bioética y los derechos humanos es permanente y estrecho, pues todos los temas y dilemas que aborda hacen referencia a derechos humanos expresamente reconocidos hoy día, e incluso recogidos en multitud de documentos tanto de carácter nacional como internacional, algunos incluso expresamente referidos y producidos a raíz del debate bioético. En ese contexto es importante la integración de los derechos humanos en la reflexión bioética, de manera que le sirvan de marco y guía, pues como hemos señalado arriba los derechos humanos están orientados

precisamente a la protección de la dignidad humana, constituyen un paradigma ético para los estados y las sociedades contemporáneas, como un logro ético de la historia de la humanidad y gozan de aceptación y reconocimiento generalizados.

De la misma manera, la función de teoría moral que cumplen los derechos humanos, desborda el campo estrictamente jurídico e incide en el ámbito de las ciencias sociales y morales, por lo que necesariamente la bioética debe incluirlos en la reflexión ética que realiza. Los derechos humanos son así parte ineludible de la bioética, pero además los derechos humanos y el derecho en general sirven a la bioética como el medio para institucionalizar los consensos y desarrollos sobre los temas que aborda, como lo acreditan las declaraciones universales sobre Genética Humana y Derechos Humanos y sobre Bioética y Derechos Humanos, elaboradas por la Comisión de Bioética de la UNESCO y finalmente adoptada por su Asamblea General, así como el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa, y la multitud de resoluciones y recomendaciones sobre temas específicos formuladas por el Comité de ministros del propio Consejo y el Parlamento Europeo, que surgieron inicialmente de instancia de reflexión bioética y terminaron por concretarse en documentos jurídicos y en nuevos derechos humanos, o al menos en nuevas expresiones de los ya existentes

Desde el campo de los derechos humanos nos queda por delante una enorme tarea, que es la identificación de la normatividad que se está viendo desbordada o superada por las nuevas situaciones y realidades que generan los desarrollos científicos y tecnológicos, poniendo en riesgo la dignidad y derechos de las personas, y no nos referimos aquí solo al campo del derecho sanitario o de la salud, sino a todas las otras áreas del derecho que no han recogido las nuevas realidades en las materias que regulan, como es el caso del derecho medioambiental, la regulación de la producción agropecuaria, la propiedad intelectual, e incluso, el derecho de familia.

Víctor M. Martínez Bullé Goyri

Derechos humanos, ciencia y desarrollo sostenible

Por más de 40 años, los Estados tienen articulado, desarrollado y reafirmado en repetidas ocasiones su compromiso con el desarrollo sostenible como una ruta vital de avance para la humanidad. Esto ha incluido el reconocimiento continuo de la importancia de la ciencia y la tecnología para el desarrollo sostenible. El uso apropiado de la ciencia y la tecnología promoverá la consecución de los derechos humanos, pero para ello será necesario el sustancial desarrollo de capacidades alrededor del mundo

El desarrollo sostenible ha sido expresado por la comunidad internacional como “El desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de generaciones futuras, para satisfacer sus propias necesidades” (Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1987, 43). En lo que a las “necesidades” respecta, “desarrollo sostenible requiere satisfacer las necesidades básicas de todos y se extiende a todos la posibilidad de

aprovechar sus aspiraciones para una vida mejor" (Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1987, 8). Una explicación más amplia de las necesidades básicas es proporcionada por la Comisión de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo: "Los requisitos mínimos para sustentar la vida... así como la educación y la información que permiten a los individuos y a las comunidades, ser productivos y hacer un uso racional de los bienes y servicios básicos disponibles" (1997, p. 3). Las necesidades básicas que generalmente se consideran son: la salud, la nutrición y la seguridad alimentaria, el acceso al agua potable y saneamiento, educación; vivienda y vestido. Esta concepción de las necesidades humanas tiene claras conexiones con los derechos humanos, por ejemplo, el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar de sí mismo y su familia, incluyendo alimentación, vestido, vivienda y atención médica".

De hecho, en términos más generales, el desarrollo sostenible puede ser visto como una extensión lógica de los principios de derechos humanos, ya que trabaja para garantizar que la consecución de que los derechos humanos de las generaciones futuras no queden excluidos por las acciones presentes, así como asegurar que las necesidades de la generación presente sean cumplidas.

La ciencia y la tecnología juegan un papel integral en el proceso de desarrollo sostenible; de hecho, como la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible expresa: "No es una exageración afirmar que sin la ciencia no puede haber desarrollo sostenible" (1995, punto 7). Las áreas de desarrollo sostenible en las cuales se espera que la ciencia y la tecnología hagan contribuciones significativas incluyen:

1. La provisión de fuentes de energías más limpias y alternativas a la utilización de los productos no renovables.
2. El tratamiento de residuos.
3. La influencia sobre la selección y formulación de políticas adecuadas.
4. El monitoreo de los indicadores ambientales.
5. El monitoreo, manteniendo y mejoramiento de la diversidad biológica.
6. Adaptación de los cultivos a diferentes condiciones climáticas y geográficas.
7. Lucha contra la malnutrición.
8. La provisión de productos y proceso industriales más limpios.
9. El mejoramiento de salud y la atención médica. (Rhodes, 2007, 29)

La importancia de la ciencia y la tecnología ha sido reconocida por la comunidad internacional en todas sus principales declaraciones y documentos que contienen el desarrollo sostenible en los últimos 40 años. Por ejemplo, la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible declaró en 1995 que: "Las nuevas fuerzas de la ciencia y tecnología modernas, si se aprovechan correctamente y aplicadas en concordancia con las circunstancias socio-económicas y culturales particulares de cada país, ofrecen inmensas posibilidades para resolver muchos de los problemas complejos que en la actualidad están impidiendo el desarrollo económico, social y ambientalmente adecuado en los países en desarrollo" (punto 51).

Así como la contribución a alcanzar las necesidades básicas, la ciencia y la tecnología también pueden impulsar el desarrollo sostenible a través del establecimiento de límites al desarrollo para ser adaptados a las necesidades o ser superados. *Nuestro Futuro Común* (el informe de 1987 de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo) describe dos tipos de límites enfrentados por el desarrollo sostenible: —los establecidos o los límites más recientes— para los cuales "la sostenibilidad requiere que mucho tiempo antes de que estos sean alcanzados, el mundo deberá garantizar el acceso equitativo a los recursos limitados y reorientar los esfuerzos tecnológicos para aliviar la presión", y otros —los límites naturales, técnicos y sociales— aquellos que puede cambiar con el tiempo debido los avances tecnológicos que, por ejemplo, permiten el uso más eficiente de recursos, esto es: "Las limitaciones impuestas por el estado de la tecnología sobre la capacidad del medio ambiente para satisfacer las necesidades presentes y futuras".

Dada la fuerte conexión entre el desarrollo sostenible y los derechos humanos y el importante papel de la ciencia y la tecnología en los procesos de desarrollo sostenible, hay una clara necesidad de fortalecer de manera sustancial el desarrollo de capacidades a nivel mundial en la ciencia y la tecnología, a fin de que los derechos humanos clave sean alcanzados ahora y sean alcanzables también para las generaciones futuras. Entre otras cosas, estos incluyen las necesidades de una mayor transferencia tecnológica, los flujos de conocimientos, recursos financieros, y el intercambio de experiencias. Esto se reconoce en algunos de los documentos internacionales sobre el desarrollo sostenible, pero no se hace explícito en el derecho internacional de los derechos humanos, donde se necesita que sean robustecidos y más claramente enfatizados, con la esperanza de que esto movilizara la voluntad política necesaria para que los Estados cumplan con sus compromisos de desarrollo de capacidades. Ejemplos de declaraciones dentro de los documentos de desarrollo sostenible incluye la siguiente cita del capítulo de la Agenda 21 sobre biotecnología, que señala diversas áreas en las cuales es necesario el desarrollo de capacidades: "El acelerado desarrollo y la aplicación de la biotecnología, especialmente en los países en desarrollo, requerirá un mayor esfuerzo para construir las capacidades institucionales a nivel nacional y regional. En los países en desarrollo, la habilitación de factores tales como la capacidad de formación, conocimientos técnicos, instalaciones y fondos de investigación y desarrollo, fortalecimiento de la capacidad industrial, de capital (incluido el capital riesgo), protección de los derechos de propiedad intelectual, y experiencia en áreas como la investigación de mercados, evaluación de tecnologías, evaluación socio-económica y evaluación de la seguridad son a menudo insuficientes. Por lo tanto, se tendrán que llevar a cabo esfuerzos para el desarrollo de capacidades en estas y otras áreas".

Y algunos puntos más generales elaborados dentro de El Futuro que Queremos (el documento final de la Conferencia de 2012 de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible): "Reconocemos la importancia del fortalecimiento nacional de las capacidades científicas y tecnológicas para el desarrollo sostenible. Esto puede ayudar a los países, especialmente los países en desarrollo, a desarrollar sus propias soluciones innovadoras, la investigación

científica y las nuevas tecnologías, ecológicamente racionales, con el apoyo de la comunidad internacional".

Tales esfuerzos son importantes porque las brechas en la capacidad científica y tecnológica (incluyendo, por ejemplo, en la disponibilidad de equipos de laboratorio y de infraestructura, instalaciones e inversión en investigación y desarrollo y el acceso a la educación y la formación) implican que muchos países no pueden crear conocimientos y tecnologías de mucha necesidad a nivel nacional, o adaptar los conocimientos y las tecnologías existentes con eficacia a las necesidades y condiciones locales. Esto también impide su participación en los procesos de gobernanza mundial que cada vez más y más descansa en el asesoramiento científico y aportaciones, debido a que el conocimiento y las evaluaciones son alimentadas dentro de ellos y reflejan predominantemente la situación de los países desarrollados (Karlsson, 2002).

La ciencia y tecnología de vanguardia en la actualidad, frecuentemente implican la convergencia entre disciplinas como la biología, la ingeniería y tecnologías de información y comunicación. Esta creciente complejidad se suma a la urgencia del desarrollo de capacidades antes de que las lagunas crezcan aún más, y hagan los procesos de desarrollo sostenible aún más difíciles de implementar.

Poco se conoce acerca de la *Declaración sobre la Utilización del Progreso Científico y Tecnológico en Interés de la Paz y en Beneficio de la Humanidad* (Asamblea General de la ONU, 1975), misma que está catalogada como uno de los instrumentos de derechos humanos universales de las Naciones Unidas por la Oficina del Alto Comisionado para los derechos humanos, y establece que "Todos los Estados deben promover la cooperación internacional para garantizar que los resultados del desarrollo científico y tecnológico se utilicen en pro del fortalecimiento de la paz y la seguridad internacionales, la libertad y la independencia, así como el propósito del desarrollo económico y social de los pueblos y la realización de derechos y libertades de la persona". "Todos los estados deberán cooperar en el establecimiento, fortalecimiento y desarrollo de la capacidad científica y técnica de los países en desarrollo con miras a acelerar la realización de los derechos sociales y económicos de los pueblos de esos países".

Tales declaraciones, actualizadas con relación al desarrollo sostenible, podrían conformar un punto de partida útil para promover el desarrollo de capacidades científicas y tecnológicas con el fin de contribuir al alcance de los derechos humanos. Principios relevantes también se pueden encontrar en tres declaraciones relativas a la investigación genética humana y los derechos humanos que han sido adoptadas por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Por ejemplo, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos aconseja que "Los Estados deberán esforzarse por fomentar medidas destinadas... al desarrollo de los países para beneficiarse de los logros de la investigación científica y tecnológica a fin de que su utilización en beneficio del progreso económico y social pueda ser en beneficio de todos" (art. 19.a.iii); y su Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos incluye como objetivos: "Promover el acceso equitativo a los adelantos médicos, científicos y tecnológicos, así como

el mayor flujo posible y rápido intercambio de conocimientos relativos a esos adelantos y de sus correspondientes beneficios, con especial atención a las necesidades de los países en desarrollo" y "para salvaguardar y promover los intereses de las generaciones presentes y futuras".

Al igual que con todos los aspectos de la transición hacia el desarrollo sostenible y la consecución de los derechos humanos, la voluntad política para convertir los compromisos en acción es necesaria. Desafortunadamente, la situación actual se mantiene tanto como se describe en la Declaración Ministerial de Malmö en 2000:

"Hay una discrepancia alarmante entre los compromisos y las acciones. Metas y objetivos acordados por la comunidad internacional en relación con el desarrollo sostenible, tales como la adopción de estrategias nacionales de desarrollo sostenible y el incremento del apoyo para los países en desarrollo, se debe implementar oportunamente. La movilización de recursos nacionales e internacionales, incluyendo asistencia para el desarrollo, más allá de los niveles actuales es vital para el éxito de este esfuerzo".

Catherine Rhodes

Derechos humanos de los contribuyentes

En una noción contemporánea, hablar de derechos humanos de los contribuyentes es referirse a un conjunto de principios materiales de justicia tributaria, que independientemente estén o no reconocidos por la ley fundamental, operan como límites razonables de la potestad tributaria del Estado, y en esta medida, son principios legitimadores de los tributos que tienden a informar el contenido sustantivo de las normas jurídicas que los crean.

Desde otra perspectiva, los derechos humanos de los contribuyentes pueden identificarse con aquellos que, pese a no ser exclusivos de la materia tributaria, inciden directamente en la vida de las personas en su calidad de contribuyentes, tales como el acceso a la justicia fiscal, el debido proceso, el derecho a la seguridad jurídica, el derecho de petición, el derecho de audiencia previa, la inviolabilidad del domicilio, la no confiscatoriedad de bienes, la protección de datos personales, el principio *non bis in idem,* el derecho a la presunción de inocencia, la libertad de empresa, la no discriminación, el derecho de no autoincriminación, los derechos económicos sociales y culturales, entre otros. Sin embargo, esta segunda lectura pasa por alto el principio de interdependencia de los derechos humanos, según el cual existe un vínculo ineludible entre todos los derechos humanos de tal forma que el disfrute de uno depende de la realización de otro u otros, y *a contrario sensu*, la privación de uno, menoscaba el resto.

Así, propiamente hablando la noción más correcta de los derechos humanos del contribuyente debe ser aquella que los identifica con los principios materiales de justicia tributaria. El carácter propiamente "humano" de estos derechos no ha sido estudiado aún con profusión en sede doctrinal, sin embargo, su justificación se desprende, precisamente, del contenido más básico de otros derechos humanos que permean y brillan con luz propia cuando se

extrapolan al derecho tributario, como son los derechos humanos a la igualdad, a la dignidad, a la propiedad y a la legalidad.

En este sentido, los principios materiales de justicia tributaria desarrollados en el ámbito del derecho tributario suelen identificarse, principalmente, con capacidad económica o capacidad contributiva, reserva de ley, igualdad tributaria, generalidad y no confiscatoriedad de los tributos.

Ahora bien, dependiendo de su recepción doctrinal, estos principios son reconocidos por los textos constitucionales en distintas proporciones y con nombres varios, tales como capacidad económica (Bolivia, Brasil, España, Honduras, Panamá, Venezuela), capacidad contributiva (Paraguay, República Dominicana), proporcionalidad (Argentina, Chile, Honduras, México), reserva de ley (Cuba, El Salvador, España, Guatemala, Haití, Nicaragua, México, Perú, Venezuela), equidad (Argentina, Colombia, Honduras, México), igualdad (Chile, España, Paraguay, Perú), progresividad (Chile, Brasil, España, Venezuela), no confiscatoriedad de los tributos (España, Nicaragua, Paraguay, Perú), generalidad (Brasil, Honduras) y justicia (Colombia), entre otros.

En muchas ocasiones en que las disposiciones normativas no enuncian de forma expresa estos principios materiales de justicia, ha sido la labor interpretativa del poder judicial la que, a partir de su naturaleza creadora y dinámica, ha declarado su anclaje constitucional en el ordenamiento jurídico, e incluso, perfilado su contenido y alcance, nutriéndose en gran medida de la doctrina. Así ocurre por ejemplo en el caso mexicano, en el que los principios de legalidad, equidad, proporcionalidad y destino al gasto público que sanciona la Constitución, han sido identificados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación con capacidad contributiva, igualdad tributaria, reserva de ley y destino del gasto público.

Corresponde entonces a los operadores jurídicos delimitar y/o desentrañar ese conjunto de principios materiales que en el marco de un Estado moderno de derecho habrán de dar racionalidad a los tributos que se impongan para el sostenimiento de los gastos públicos.

A decir de la doctrina más autorizada, la capacidad contributiva, unida a la igualdad tributaria, parece ser el criterio configurador del deber de contribuir, y en esta medida, el núcleo básico de los derechos humanos del contribuyente.

La capacidad contributiva se entiende como una aptitud real de pago de contribuciones, que habilita a los sujetos obligados del tributo a aportar una parte adecuada de sus ingresos, utilidades o rendimientos a los gastos públicos en función de su respectiva capacidad contributiva, siempre y cuando el tributo no prive al contribuyente de la satisfacción de un mínimo existencial personal y familiar para llevar a cabo una vida digna, o represente una exacción tal que involucre la pérdida total de su patrimonio o la extinción la fuente de la que deriva la obligación tributaria (no confiscatoriedad de los tributos).

Así, el tributo cumple con el principio de capacidad contributiva cuando grava índices reales de riqueza, en función de la situación personal y familiar del contribuyente, y discrimina en beneficio de quienes por sus circunstancias se ven imposibilitados para cumplir con la obligación tributaria en la misma proporción.

Por su parte, la igualdad tributaria significa, por un lado, que el legislador está obligado a confeccionar la norma jurídica de forma tal que no haga distingos entre situaciones esencialmente idénticas, a menos que tales diferencias se encuentren plenamente justificadas por la misma norma (igualdad en la ley tributaria). Por otro lado, implica que todos los operadores jurídicos apliquen la norma tributaria en forma igualitaria para todos los que se ubiquen en la misma situación de hecho, impidiendo establecer diferencias en razón de circunstancias que no estén expresamente previstas en la norma (igualdad ante la ley tributaria). En otras palabras, la igualdad entre dos contribuyentes que se encuentran en situación de semejanza relativa solo se consigue si la situación de uno respecto del otro no se altera tras el pago de sus impuestos correspondientes (Lejeune Valcárcel).

Otro derecho del contribuyente es la reserva de ley tributaria, es decir, que los tributos solo pueden ser establecidos mediante ley, pues los gobernados tienen depositado en el Poder Legislativo un voto de confianza para que sean ellos los que, en su calidad de representantes del pueblo, discutan cabal y racionalmente las iniciativas para sancionar en leyes formales y materiales los elementos esenciales de los tributos.

Por último, el destino al gasto público, como derecho del contribuyente significa que el producto de las contribuciones no puede destinarse para otro fin que no sea cubrir el gasto público, con eficiencia y economía, en beneficio de la colectividad.

Israel Santos Flores

Derechos humanos en la Constitución

El proceso de incorporación de los derechos humanos en la Constitución representa uno de los ejes que determinan el constitucionalismo moderno, entendido este último como concreción suprema de la organización política y jurídica de los Estados y del ordenamiento social. Asimismo, el estudio de este término requiere la aplicación de enfoques actualizados que permitan comprender su complejidad y dinamismo, al tiempo de facilitar su entendimiento como un proceso histórico, en las dimensiones espaciales y temporales.

Bajo la premisa anterior, el reconocimiento de los derechos humanos en los cuerpos constitucionales, es decir, su ubicación en el rango normativo más elevado, supone un abordaje jurídico que se auxilie de los aportes de diversas disciplinas, ya que los derechos humanos atañen a una noción situada en un plano filosófico y axiológico, que incluso precede a su positivización, amén de involucrar construcciones conceptuales que se reconfiguran en forma constante, hoy en día incluso como consecuencia de las transformaciones culturales y la vorágine tecnológica. En este caso, la tendencia a expandir el territorio de las capacidades y facultades inherentes al ser humano, las cuales deben ser reconocidas jurídicamente y protegidas por el Estado, encuentran en el iusnaturalismo su punto de partida, si bien se enriquece dicha doctrina filosófica con nuevos elementos.

No obstante la actual tendencia a la universalización de los derechos humanos, y si bien hoy representan el referente político y moral en gran parte

del planeta (Manet, 2003), es importante señalar que se trata de un constructo social complejo que durante mucho tiempo estuvo lejos de reflejar una unanimidad conceptual, por la multiplicidad de elementos que incorpora, entre ellos, las diferencias étnicas y culturales, o aquellas posturas relativas a las distintas religiones.

Así, en la actualidad, el reconocimiento de los derechos humanos en las constituciones políticas representa uno de los indicadores más veraces del desarrollo político de los estados democráticos y de la convivencia colectiva. Por esta razón, como resultado de la interrelación entre gobernantes y gobernados propia de los sistemas democráticos de gobierno, se afirma la tendencia a incorporar el conjunto de derechos humanos en los textos constitucionales, como el mecanismo jurídico idóneo para garantizar su observancia general.

De esta manera, en una perspectiva histórica puede identificarse el siguiente eslabonamiento en el proceso de constitucionalización de los derechos: revoluciones políticas y reivindicación de derechos frente al poder monárquico en Europa; surgimiento de las primeras declaraciones modernas de derechos en Norteamérica y Francia en el siglo XVIII; proclamación de las primeras dos constituciones políticas del mundo moderno, a saber: la de los Estados Unidos de Norteamérica y la de Francia, sustentadas fundamentalmente en los derechos del individuo; el influjo de las diferentes vertientes del constitucionalismo en distintas partes del mundo, especialmente Europa y América. Asimismo, la formulación de las distintas generaciones de derechos, así como un influjo decisivo de las declaraciones y el derecho internacional después de la Segunda Guerra Mundial, complementan dicho proceso, en sus aspectos más generales.

En el caso de México e Iberoamérica, la Constitución de Cádiz de 1812 gravita fuertemente en el surgimiento y la evolución del constitucionalismo en la región, por supuesto en concomitancia posterior con aquel de procedencia norteamericana. El texto gaditano no incorporó una solemne declaración de derechos, sin embargo, contiene en sus diferentes capítulos el reconocimiento de derechos pertenecientes a la persona humana, como son la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos.

El reconocimiento constitucional de los derechos humanos en México comprende diversas etapas, materializadas en la actual Constitución Política, vigente desde 1917. En un primer periodo, si la Constitución de Apatzingán de 1814 incluyó por vez primera en el país un catálogo de derechos, congruente con el signo liberal de la época, la Constitución de 1857, tras un intenso vaivén político reflejado en numerosos documentos constitucionales, representó el triunfo del movimiento liberal y permitió plantear un modelo constitucional que decantó las ideas de igualdad, libertad, seguridad y propiedad, entre los aspectos más destacados. La misma ley suprema incorporó un modelo más acabado del juicio de amparo, surgido ya con anterioridad tanto a nivel local como federal, y que representa el recurso jurídico por excelencia para hacer efectivos los derechos reconocidos. En una segunda etapa, la Constitución de 1917 habría de incorporar los derechos sociales por influjo directo de las demandas articuladas antes y durante el movimiento

armado iniciado en el año 1910, dotando de un mayor alcance al concepto de derechos humanos y dando lugar al nacimiento del constitucionalismo social.

Puede ubicarse una tercera etapa que transcurre especialmente durante las últimas cinco décadas, en las cuales se han realizado reformas constitucionales para ampliar el universo de derechos y libertades en México, pero, de la misma manera, fortaleciendo sus mecanismos protectores, sea por la vía jurisdiccional o a través del sistema nacional de *Ombudsman*. Allí están comprendidas reformas a favor de la igualdad jurídica del hombre y la mujer (1974); de los derechos de la infancia (1980, 1992, 2000 y 2011); el derecho a la protección de la salud y a la vivienda (1983); los derechos de los pueblos indígenas (1992 y 2001); el derecho a un medio ambiente sano (1999); a la cultura (2009), y a la alimentación (2012), (Carpizo, 2011).

La reforma de 2011 en la materia concretó mejores fórmulas jurídicas para acompasar el reconocimiento constitucional de los derechos humanos con garantías y mecanismos más eficaces que los protejan. Así, el peso específico de la misma gravita en la nueva redacción del art. 1o. constitucional, en el cual se declara puntualmente que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte, de igual manera que de las garantías para su protección. La incorporación del término "derechos humanos" y la enunciación de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, con los cuales todas las autoridades en sus distintos ámbitos de competencia quedan obligadas a su promoción y respeto, al tiempo de protegerlos y garantizarlos, representa un esquema normativo que tenderá a fortalecer su observancia.

Por su parte, la incorporación del principio *pro homine* como precepto constitucional, como guía de interpretación y aplicación de las normas relativas a los derechos humanos, sin duda revoluciona la visión jurídica en México. Este importante principio, concatenado con un reconocimiento expreso de los derechos en los tratados internacionales, fortalece igualmente el papel de los juzgadores en el país, quienes a través de los nuevos mandatos constitucionales, el control de convencionalidad, la reciente actualización del juicio de amparo y la no aplicabilidad de leyes contrarias a los nuevos preceptos, dispondrán de mecanismos más eficaces para la protección de los derechos humanos.

Rodolfo Lara Ponte

Derechos imposibles

Esta categoría introducida por Bidart Campos en su obra *Las obligaciones en el derecho constitucional* (1987), pretendió denotar a aquellos derechos humanos positivizados aunque carentes de vigencia. La referencia a derechos imposibles necesariamente nos lleva a presuponer que el Estado tiene la obligación de cumplir y hacer cumplir los derechos que normativamente han sido establecidos, es decir, tornarlos posibles. Sin embargo, por diversas razones, algunos derechos consagrados normativamente carecen de *vigencia sociológica*, convirtiéndose en *derechos sobre el papel* o meras declaraciones de buena volun-

tad desprovistas de fuerza jurídica y operatividad. Algunos de los derechos incluidos por la doctrina en esta categoría, no son tales pues se constituyen a partir de una relación de dificultosa o imposible configuración debido a la carencia de un sujeto pasivo al que le fuera exigible la correlativa obligación pero sobre todo, de identificar el modo de cumplimiento de la obligación en sí. Se trataría de derechos tales como el "derecho a la felicidad" (Bidart Campos, 1987). En la actualidad quienes emplean la categoría de derechos imposibles lo hacen para referirse principalmente a los derechos económicos, sociales y culturales, por cuanto se asume que la vigencia de los mismos se encuentra imposibilitada o reducida por aquejarlos problemas de diversa envergadura sobre todo de tipo material, a los cuales se deben agregar posturas dogmáticas. La imposibilidad como carencia de vigencia, abarcaría no solamente al desarrollo legislativo de dichos derechos sino también y especialmente, a su justiciabilidad. Las razones en las que normalmente se suele fincar la imposibilidad de hacer justiciables estos derechos son de dos clases: aquellas que afectan a los derechos en sí y las que afectarían a los jueces que deban hacerse cargo de los planteos judiciales que tengan por objeto derechos sociales. En el primer tipo de objeciones podemos mencionar las siguientes: a) Su carácter programático, b) Su contenido indeterminado, y c) El alto costo financiero de su vigencia. Sobre estos obstáculos la doctrina actual ha contestado de manera contundente. En cuanto a la programaticidad, ella suele ser pregonada como una característica propia de los derechos sociales en general, sin reparar que las denominadas normas constitucionales programáticas o de "eficacia indirecta", son una opción de técnica constituyente para establecer enunciados constitucionales que contengan derechos, pero de ninguna manera se trata de una característica entitativa o configurativa de tales derechos. En relación a la objeción referida al contenido indeterminado de estos derechos, diremos que el contenido de los derechos en general —no solo de los derechos sociales— es determinable —no indeterminado— y dicha determinación se realiza por medio de las leyes y claro, la interpretación judicial. La llamada "indeterminación de contenido", afecta a todos los derechos en general y no solo a estos derechos y de ninguna manera se trata de un problema por el que su vigencia se deba ver impedida. En todo caso, las autoridades en general están llamadas a dotar de contenidos específicos a tales derechos para de tal modo tornarlos posibles, Por último, en cuanto a la objeción referida al alto costo financiero de los derechos sociales, diremos que esta razón parece asentarse en la idea de acuerdo a la cual los derechos sociales cuestan y los derechos civiles no. La incorrección de una idea tal ya ha sido evidenciada en trabajos seminales al respecto. Por otro lado, en ocasiones el cumplimiento de las obligaciones en relaciones de derechos sociales se puede satisfacer de manera negativa, por ejemplo, no afectando el nivel de disfrute de un determinado derecho. En otros supuestos, la decisión judicial que obligue al cumplimiento de un derecho tal puede consistir en que las autoridades demandadas hagan algo con base en una política pública social ya diseñada y para cuyo cumplimiento ya existan recursos destinados. De esta forma, en un importante número de casos, los jueces operan sobre la base de costos ya contemplados presupuestalmente por las autoridades competentes y su labor se circunscribe a mandar

su efectiva aplicación. El segundo tipo de razones en las cuales se pretende fundar la imposibilidad, atañen a los jueces que deben hacerse cargo de esta clase de derechos. Ellas podrían ser agrupadas del modo que sigue: a) Falta de idoneidad técnica de los jueces, b) Su carencia de pensamiento comprensivo y por último, c) El carácter antidemocrático que su actuar sobre estos derechos implicaría. Acerca de estas aparentes causas en las cuales fincar la imposibilidad, también la doctrina ha contestado. Sobre las cuestiones técnicas que los jueces no estarían en aptitud de acometer, resulta claro que difícilmente podemos encontrar un asunto judicial en el que ellas no resulten involucradas. En estos asuntos, como en los que involucren a los derechos sociales, los jueces se asisten de peritos expertos en los asuntos técnicos involucrados. Fincar la imposibilidad de dotar de vigencia a los derechos sociales asumiendo que los jueces carecen de pensamiento comprensivo, presupone un juicio previo tal de acuerdo al cual como en los asuntos referidos a derechos sociales y debido al carácter prestacional de ellos, se encuentran involucradas cuestiones presupuestales y una decisión judicial al respecto, tomada en el estrecho marco de un caso individual, puede llegar a afectar desprevenidamente recursos destinados a otros asuntos, incluso a la cobertura de otros derechos sociales. Los jueces no estarían en aptitud de adoptar una mirada que sea capaz de observar esas otras consecuencias. Este argumento al parecer no corresponde con una lectura fenomenológicamente correcta de la labor de los juzgadores pues ellos son plenamente conscientes de la onda expansiva de sus resoluciones y esa conciencia operará, en algunos casos, como un factor de libertad y en otros, como una causa de restricción pero de ninguna manera les serán inocuas. Amén de la conciencia de los efectos de sus decisiones, los jueces, especialmente los constitucionales, deben cuidarse de entrar en un cálculo de eficiencia entre los derechos y las consecuencias de sus decisiones, pues ello podría implicar el sometimiento de los derechos a un cálculo utilitario que es ajeno a su esencia. Debemos recordar qué, normalmente, la intervención de la justicia se da cuando la administración y el Poder Legislativo han incumplido mandatos constitucionales. Sobre la última cuestión diremos que detrás de la objeción anterior se encuentra otra problemática de raíces más profundas y de acuerdo a la cual, el Poder Judicial no sería apto para resolver sobre ciertas materias que deberían implicar mayor deliberación y planeación por parte de las autoridades específicas que tienen como función el diseño de políticas públicas que, en el caso de los derechos sociales, tiendan a dar eficacia a los mismos. En este sentido, la labor judicial en materia de derechos sociales, resultaría invasiva y poco democrática. Pero sucede que normalmente el Poder Judicial no opera en ese escenario, sino en el del incumplimiento de las políticas públicas sociales ya diseñadas, y su trabajo opera con base en planteamientos de personas, grupos o sectores sociales insatisfechos por la inacción de los otros poderes o, en otros casos, por los retrocesos que las políticas regresivas imponen, es decir, en el marco del incumplimiento de las obligaciones asumidas democráticamente por los restantes poderes.

Juan Manuel Acuña

Derechos políticos

La voz "derechos políticos" se refiere al conjunto de facultades con las que cuenta el ser humano para el ejercicio de la participación política. Se distinguen de los derechos civiles en que mientras estos se refieren a los asuntos privados, los "derechos políticos" aluden a los asuntos de la vida pública de la humanidad. Jellinek señala que los "derechos políticos" permiten al ciudadano expresar de forma directa la voluntad estatal, o bien contribuir a la manifestación de esta. La esencia de estos derechos, según Hans Kelsen, es dar al individuo un lugar en la formación de la voluntad social; son derechos humanos. De esta manera, los "derechos políticos" como derechos humanos se deben regular y proteger por los ordenamientos jurídicos a través de las herramientas procesales necesarias, y también requieren de un desarrollo institucional y garantías que les otorguen efectividad. Estos derechos contienen elementos propios de los derechos de libertad, ya que, por una parte, su ejercicio contribuye a la formación de la voluntad popular y a la integración de los órganos estatales, y por otra, se refieren a la imposibilidad del Estado de impedir su ejercicio de manera arbitraria o discrecional.

Los "derechos políticos" son derechos de participación individual, pero de trascendencia colectiva. De esta manera, en el ámbito de estos derechos encontramos los que se ejercen de manera directa, como el plebiscito, el referéndum, la consulta popular, la iniciativa ciudadana, y también en la incorporación del propio ciudadano en los poderes del Estado; los de forma indirecta, mediante la elección de representantes, así como la participación en los asuntos públicos. La tipología de los "derechos políticos", generalmente coincidente en la doctrina, se centra en el reconocimiento de los derechos de votar (elegir libremente a sus representantes), ser votado (la posibilidad de ser electo para un cargo), de asociación (el derecho para formar agrupaciones) y de afiliación (formar partidos políticos y contar con los derechos y obligaciones reconocidos en su normatividad). Se consideran también "derechos políticos" otros derechos humanos que estén vinculados con el ejercicio de aquellos; por ejemplo, los de igualdad, de libertad de expresión, de petición, de información, etcétera. Además, los "derechos políticos" están estrechamente relacionados al concepto de democracia, principalmente de las democracias constitucionales que reconocen un mínimo de derechos. En la teoría jurídica, estos derechos están catalogados como derechos de primera generación, es decir, en los derechos civiles y políticos; surgieron de las dos grandes revoluciones: la norteamericana, con la Declaración de Independencia (1776), y la francesa, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). Durante los siglos XVIII, XIX y XX, época de gestación de los "derechos políticos", las naciones han configurado diversas limitaciones para su ejercicio, inclusive, todavía hace algunas décadas, sectores como las mujeres, los grupos raciales, las etnias, la posición económica o social, la falta de instrucción o determinado nivel de alfabetización, entre otros, constituían impedimentos para su ejercicio. La expresión "derechos políticos" también refiere a expectativas, principalmente de no sufrir lesiones, adscritas a los ciudadanos por las normas jurídicas, relacionadas con la participación de estos en la toma de decisiones públicas, las que en su conjunto fundan la representación política. En décadas

recientes con respecto a los "derechos políticos" (hacia mediados del siglo XX y lo que llevamos del siglo XXI), los Estados, cada uno en atención a su propio contexto, han reconocido a grupos históricamente vulnerables en sus legislaciones e implementado cuotas para facilitar y garantizar su inserción en los asuntos públicos y con la finalidad de que estén efectivamente representados. Las cuotas que generalmente se reconocen son las referentes al género, las raciales, las de comunidades o etnias indígenas, personas con capacidades diferentes, entre otras.

Actualmente no existe uniformidad en cuanto a los límites a los derechos políticos. La regulación al respecto atiende al contexto de cada país; sin embargo, existe coincidencia respecto a que en la imposición de esos límites se deben establecer medidas en contra de restricciones o suspensiones indebidas, aun por motivos de edad, residencia, nacionalidad, capacidad civil o psíquica, por causa de condena penal, por causa antidemocrática, de orden público, de seguridad nacional o del bien común. En cada caso, esas restricciones deben reunir, entre otras características, la de ser proporcionales, idóneas, necesarias, jurídicas, racionales, objetivas, así como el de tener un fin y efecto útil. La progresiva constitucionalización y, posteriormente, su internacionalización (Declaración Americana y Declaración Universal de Derechos Humanos, ambas de 1948) fueron otorgando a los "derechos políticos" la entidad de derechos humanos, ya que reúnen características comunes a estos, como son: la universalidad (son aplicables a todo el género humano); interdependencia (son un haz indivisible que merece pareja o consideración jurídica; es decir, que no existe un número cerrado y preciso de estos derechos); indivisibilidad (no deben ignorarse en su defensa a los demás derechos); progresividad (debe preferirse la norma que restringa, en menor medida, su ejercicio); son inherentes (al hombre); imprescriptibles (no están sujetos a venta); irrenunciables (no son un bien disponible), e integrales (la violación de uno presupone la violación de los demás). Igualmente, estos derechos funcionan como límite de la actuación estatal (Ferrajoli, Bobbio, Garzón Valdés), esto es, el Estado tiene la obligación de no hacer, de no impedir su ejercicio. Estos límites de la actuación del Estado también están estrechamente relacionados con los principios de mínima intervención y del bien jurídico. El reconocimiento del libre y efectivo ejercicio de los "derechos políticos" constituye un elemento condicionante para la legitimación del Estado democrático. Los "derechos políticos" como visión integral del derecho en un Estado constitucional están reconocidos en diversos instrumentos tanto internacionales como regionales de derechos humanos, de entre los que se encuentran: la Carta Democrática Interamericana (arts. 2o., 3o. y 6o.); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 23); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XX); la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 21); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1993 (art. 25); el Protocolo núm. 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 3o.); la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos "Carta de Banjul" (art. 13); el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (arts. 2o., 4o., y 12); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación

Racial (art. 5o., inciso c); la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (art. 42, párrafo 3); la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer (art. 1o.); la Convención Sobre los Derechos Políticos de la Mujer, y la Convención Sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer. Con motivo de esta categorización se identifica a los "derechos políticos" como parte del derecho internacional de los derechos humanos. La transformación y continua mutación morfológica de los Estados ha conducido, en las últimas décadas, a la necesidad de replantear la titularidad de los "derechos políticos", entre otros aspectos se explora la posibilidad de su titularidad por los extranjeros (Zagrebelsky).

Luis Espíndola Morales

Derechos políticos (jurisprudencia constitucional)

La voz "derechos políticos" en la jurisprudencia constitucional se ha venido construyendo de manera reciente (siglos XIX y XX). Existen diversos y variados esquemas de amplitud, protección, limitación o restricción de los "derechos políticos".

Los criterios en torno al contenido y alcances de los "derechos políticos" atienden al contexto de cada Estado; sin embargo, existe coincidencia sobre su reconocimiento y ubicación en los derechos de libertad; es decir, no solo se trata de derechos que garantizan un ámbito de autonomía de la persona respecto al Estado (*status libertatis*), sino también el derecho a participar en la configuración de la voluntad estatal (*status activae civitatis*), el cual se traduce en el derecho a ser elegido a las asambleas representativas, así como el de ocupar cargos públicos. En las democracias occidentales, los "derechos políticos" tienen connotación de derechos de participación política o derechos de la democracia.

La interpretación de la Corte Suprema de los Estados Unidos al resolver casos como *Luther vs. Borden* (1849), *Baker vs. Carr* (1962) y *Powell vs. McCormack* (1969), es coincidente en desconocer su competencia para resolver asuntos de índole política, y consecuentemente, ese criterio condujo a que en la *praxis* se careciera de mecanismos o garantías para su protección y tutela.

En Australia destaca el criterio relativo a la limitación del ejercicio de los "derechos políticos" a quienes negaran los postulados básicos de la democracia (*Australian Communist Party vs. Commonwealth,* 1951). En Alemania, derivado de la trágica experiencia del régimen totalitario hacía mediados del siglo XX, el Tribunal Constitucional alemán sentó jurisprudencia en relación con el ejercicio de los "derechos políticos", cuando con motivo de su ejercicio, se pretendiera instaurar el antiguo régimen (*Partido Nacionalsocialista del Reich o Partido Social imperial,* 1952); un caso muy similar al de Alemania se presenta en Argentina con el ejercicio del derecho de asociación en materia política, tal es el caso del "Partido Nuevo Triunfo", el cual pretendía registrarse con el nombre de "Partido Nacionalista Socialista de los Trabajadores" (fallo 3423/2005). En España, destaca por su trascendencia, el criterio sentado por su tribunal constitucional respecto a la restricción y suspensión del ejercicio

de los "derechos políticos" a quienes con motivo de sus actos u omisiones fomentaran el terrorismo (*Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna*, 2003); respecto al ejercicio de los "derechos políticos" en los que se promuevan fundamentalismos religiosos con fines violentos, destaca la sentencia del Tribunal Constitucional turco, mediante la cual limitó su ejercicio (*Refah Partisi* y su pretendida continuación a través de *Fazilet)*. En cuanto a prácticas racistas, en el ejercicio de los "derechos políticos", destacan las sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos *Nixon vs. Hendon* (1927) y *Nixon vs. Condon* (1932), en las que la Corte recuerda que el ejercicio de los "derechos políticos" no incluye la libertad del órgano legislativo ni de los partidos políticos para prohibir a una raza (afroamericanos) presentarse como candidatos a las elecciones, porque ello contraviene la XIV enmienda.

Respecto a prácticas xenófobas, el Tribunal de Casación de Bélgica se pronunció en el sentido de que las mismas constituyen límites al ejercicio de los "derechos políticos" cuando con su ejercicio se propugna clara y repetidamente por este tipo de discriminación (*case Blams Blok VB)*. También se han presentado casos de excepción para el ejercicio de los "derechos políticos". En Canadá se presentaron ejemplos de partidarios del fascismo (*War Measure Act*), también respecto a la promoción del cambio del régimen gubernamental canadiense por la vía de la violencia (*Front de Libération du Québec*). Una reserva similar con relación al ejercicio de los "derechos políticos" se encuentra también en la Corte Suprema estadounidense en el caso *Estados Unidos vs. Dermis,* en el que se justifica la limitación y restricción del ejercicio de los "derechos políticos" por conspirar para derrocar y destruir al gobierno de ese país por la vía de la fuerza y la violencia. El ejercicio de los "derechos políticos" en su vertiente de libertad de expresión, la Corte Suprema de Estados Unidos ha distinguido entre la libertad de comunicación para mantener un debate racional y crítico, respecto de su empleo con la finalidad de incitar a la comisión de delitos, en particular la oposición al reclutamiento y la rebelión o insurrección armada (*Schenk vs. United States*, 1919), lo mismo que en el caso de la manifiesta intención de cometer actos proscritos por la ley como elemento a considerar del actuar ilícito, y en consecuencia, frontera para el ejercicio de los "derechos políticos" (casos como *PCUSA; Gitlow vs. Nueva York*, así como *Chapiinsky vs. New Hampshire*).

Por su parte, en México el debate jurisprudencial sobre la protección de los "derechos políticos" como derechos susceptibles de tutela jurisdiccional se remonta desde el siglo XIX, en el que con base en el debate sobre la llamada incompetencia de origen (debate entre Ignacio L. Vallarta y José María Iglesias) se sostuvo que el Poder Judicial no debía interferir en cuestiones políticas, el cual cobró vigencia hasta finales del siglo XX (1996, 2007, 2011, 2012), en el que se implementaron mecanismos procesales para su cobertura y protección (juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, recurso de apelación, recurso de revisión, recurso de reconsideración), así como la instauración de un tribunal especializado en la materia (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación). En la actualidad, los "derechos políticos" jurisprudencialmente se les ha reconocido como derechos humanos.

Derechos políticos (jurisprudencia europea)

La voz "derechos políticos" en el ámbito regional de la jurisprudencia europea se ha venido construyendo a partir de interpretaciones que en diversos casos ha realizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), principalmente respecto del art. 3o. del Protocolo núm. 1 al Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEPDHLF), a partir de la cual enfatizó la necesidad de que en cada caso se evalúe la legislación electoral a la luz de la evolución del país concernido (*Mathieu-Mohin and Clerfayt vs. Belgium*), lo que ha llevado a aspectos inaceptables que en el contexto de un sistema, pudieran estar justificados en otros.

Asimismo, el TEDH ha señalado que existen numerosas maneras de organizar y de implementar sistemas electorales en relación con el ejercicio de los "derechos políticos" y sus restricciones, lo que atiende a la riqueza de diferencias basadas en el desarrollo histórico, diversidad cultural y pensamiento político de los Estados (*Zdanoka vs. Latvia*).

Los "derechos políticos" como derechos subjetivos de participación política se han calificado por el TEDH como cruciales para el establecimiento y conservación de los fundamentos de una democracia auténtica, regida por el Estado de derecho (*Hirst vs. Reino Unido*). Con relación al reconocimiento y ejercicio de los "derechos políticos", el TEDH ha señalado que ninguna parte de la jurisdicción de los Estados miembros se sustrae al imperio del convenio, de modo que su organización institucional y política debe respetar los derechos y principios inscritos en él. En relación con la naturaleza de los derechos consagrados en el art. 3o. del CEPDHLF, el TEDH deriva los "derechos políticos" de participación, como el derecho al voto y el derecho a ser electo (*Partido Comunista Unificado vs. Turquía*).

Respecto a las medidas restrictivas o limitaciones de "derechos políticos", el TEDH ha reconocido que los Estados cuentan con un amplio margen de apreciación nacional para establecer limitaciones implícitas, pero corresponde al TEDH determinar, en última instancia, si se ha cumplido con los requerimientos del Protocolo núm. 1, y en su caso, establecer si estos no restringen los derechos en cuestión, al grado de hacer nugatoria su esencia y privarlos de efectividad. Estos límites o restricciones deben estar previstos en ley; perseguir uno o varios objetivos legítimos, imperativos, convincentes; no ser desproporcionados; deben procurar el orden y los principios democráticos; deben atender a la seguridad nacional, así como responder a una necesidad social imperiosa.

En cuanto al derecho a ser electo, como otro de los derechos que conforman los "derechos políticos", el TEDH ha señalado que puede ser restringido más fácilmente que el voto activo (*Zdanoka vs. Latvia*; *Melnitchenko vs. Ucrania; Perkov y Otros vs. Bulgaria*). El control que el TEDH ejerce en cuanto a la interpretación de los "derechos políticos" es susceptible de modulaciones conforme a las circunstancias y contexto de cada caso. Respecto al derecho de asociación, como parte del ejercicio de los "derechos políticos", el Protocolo núm. 1 al CEPDHLF establece el derecho de contar con elecciones libres, bajo condiciones que aseguren la libertad de expresión y opinión de los ciudadanos. Al respecto, TEDH ha señalado que el mismo derecho es aplicable

a asociaciones como los partidos políticos y que la negativa de registro ante la autoridad electoral competente puede constituir una violación a este derecho (*Presidential Party of Mordovia vs. Russia*).

Asimismo, el TEDH reconoce que la democracia, uno de los pilares sobre los que descansa el reconocimiento de los derechos del hombre, ha de garantizar el pluralismo político como valor esencial en ese sistema, junto con el libre debate de las ideas; sin embargo, como la mayoría de los derechos humanos, los "derechos políticos" no son absolutos. Así, el TEDH recuerda que la sociabilidad del hombre implica que no existe derecho fundamental alguno ajeno a su relación con los demás, de modo que no se puede realizar un ejercicio ilimitado de estos.

Igualmente, con respecto a la democracia, el TEDH sostiene que el ejercicio de tales derechos puede, inclusive, resultar incompatible con la forma de organización de un Estado; este tipo de manifestaciones deben ser toleradas, siempre y cuando no estén encaminadas a dañar la esencia de ese régimen. En diversas de sus sentencias, el TEDH se ha pronunciado sobre esos límites a los "derechos políticos", en temas como la prevalencia de una clase social sobre las demás (*Partido Comunista Unificado de Turquía —TBKP— vs. Turquía*); fundamentalismos religiosos y laicidad (*Refah Partisi vs. Turquía; Kavakçi vs. Turquía*); terrorismo (*Herri Batasuna y Batasuna vs. España; Etxeberria y otros vs. España; Herritarren Zerrende vs. España*); la pertenencia y activa participación en grupos políticos golpistas (*Zndanoka vs. Latvia*); entre otros.

La jurisprudencia del TEDH ha reiterado que el sistema del convenio protege derechos reales y efectivos y no ilusorios conforme a un principio de protección colectiva y de enjuiciamiento efectivo de los derechos (Ártico *vs*. Italia; *Mc Cann vs. Reino Unido*, así como *Korestky y otros vs. Ucrania*). El Código de Buena Conducta en Materia Electoral de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa reconoce que el sufragio puede ser un derecho o un deber, siendo una opción del legislador configurar o no el voto como obligatorio; no hay pronunciamiento al respecto por el TEDH. En cuanto a la exclusión automática del sufragio a los condenados, el TEDH ha admitido que no existe un consenso normativo europeo al respecto, parte entonces a la búsqueda de un *common background.*

Luis Espíndola Morales

Derechos políticos (jurisprudencia interamericana)

Los "derechos políticos" en el ámbito interamericano están previstos en el art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), los cuales implican, entre otros aspectos, el derecho a la participación en la dirección de los asuntos públicos, a votar, a ser elegido, así como al de acceder a las funciones públicas. El contenido y alcances de estos derechos han sido objeto de interpretación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

La CIDH ha señalado que los "derechos políticos" propician el fortalecimiento de la democracia y fomentan pluralismo político (*Yatama vs. Nicaragua*).

En los “derechos políticos”, conforme a la jurisprudencia interamericana, se encuentran: el de participación política, que puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizados, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como el de influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa. En cuanto al derecho a ser elegido y el de votar, la CIDH ha señalado que están íntimamente ligados entre sí, y constituyen la expresión de las dimensiones tanto individual como social de la participación política (*Yatama vs. Nicaragua*; *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*).

Para la CIDH, el Estado tiene el deber de garantizar el goce de los “derechos políticos”, deber que no se satisface únicamente con la expedición de la norma que los reconozca formalmente, sino que para ello se requiere que el propio Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran determinados sectores o grupos sociales (*Yatama vs. Nicaragua* y *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*).

Los “derechos políticos” no deben limitarse en cuanto a su alcance pleno, de manera que su reglamentación o las decisiones que se adopten en aplicación de esta se conviertan en un impedimento para que las personas participen efectivamente en la conducción del Estado o se torne ilusoria esa participación; lo que privaría a los “derechos políticos” de su contenido esencial. La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los “derechos políticos” no constituyen por sí mismo una restricción indebida. La CIDH ha establecido que los “derechos políticos” no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones; su reglamentación debe observar, al menos, los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. Las restricciones a los “derechos políticos” deben preverse en una ley; no ser discriminatorias; basarse en criterios razonables; atender a un propósito útil y oportuno que torne necesaria esa norma, y estar encaminadas a satisfacer un interés público imperativo y proporcional a ese objetivo (*Yatama vs. Nicaragua*). Para la CIDH, la democracia representativa es determinante en todo sistema, constituye “un principio” reafirmado por los Estados americanos y previsto en la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA). La relación entre derechos humanos, democracia representativa y derechos políticos, en particular, quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana. El Estado tiene la obligación de garantizar, con medidas positivas, que toda persona que formalmente sea titular de “derechos políticos” tenga la oportunidad real para ejercerlos; para ello, señala la CIDH, es indispensable que el Estado genere condiciones y mecanismos óptimos para que los “derechos políticos” puedan ejercerse de forma efectiva. En ese sentido, la CIDH ha expuesto que la CADH se limita a establecer determinados estándares, dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los “derechos políticos”. El ejercicio de los “derechos políticos”, en su vertiente de acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad, está referido tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento o designación.

En cuanto a la posibilidad de que los Estados puedan reglamentar el ejercicio de los "derechos políticos", exclusivamente en razón de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente en proceso penal, la CIDH ha sostenido que la finalidad de estas previsiones es evitar la discriminación de los individuos en el ejercicio de los "derechos políticos", aunado a que se trata de la imposición de condiciones habilitantes que la ley puede imponer para su ejercicio, las cuales son comunes en la región. La CADH impone al Estado una obligación positiva, que se manifiesta con una obligación de hacer, de realizar ciertas acciones o conductas, de adoptar medidas encaminadas a cumplir con la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los "derechos políticos", así como el deber de adoptar medidas en su derecho interno. Para que los "derechos políticos" puedan ejercerse, los Estados deben organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones, formalidades y directrices que hagan posible el ejercicio de esos derechos, como el de votar y ser votado. La obligación de los Estados de garantizar los "derechos políticos" resulta especialmente relevante y se concreta, entre otros, en el establecimiento de los aspectos organizativos o institucionales de los procesos electorales, a través de la expedición de normas y de la adopción de medidas de diverso carácter para implementar los derechos y oportunidades reconocidos en el art. 23 de la CADH. Sin esa acción, en términos de la CIDH, los "derechos políticos", como también otros previstos en la CADH (protección judicial), son derechos que no pueden tener eficacia simplemente en virtud de las normas que los consagran, porque por su misma naturaleza resultarían inoperantes sin una detallada regulación normativa, e incluso sin un complejo aparato institucional, económico y humano que les dé la eficacia que reclaman (*Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*). La obligación de los Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los "derechos políticos", reconocidos en la CADH, también implica el deber de organizar el aparato gubernamental y sus estructuras, a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público. Así, para la CIDH los titulares de los "derechos políticos" son los ciudadanos (*López Mendoza vs. Venezuela*).

La CADH ha establecido lineamientos generales que determinan el contenido de un mínimo "derechos políticos" y permite a los Estados, para que dentro de los parámetros convencionales, que los regulen de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las cuales pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad en distintos momentos históricos (*Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*). Un ejemplo de lo anterior se presenta en América Latina (*Efraín Rios Mont vs. Guatemala*), región en la cual, por su pasado dictatorial e inestabilidad política, es frecuente constatar que leyes de la región centro y sudamericana impiden el libre ejercicio de los "derechos políticos" a los rebeldes, dictadores, golpistas o represores, quienes en su momento causaron lesiones graves a los derechos humanos; por ello, la CIDH ha validado condiciones de inelegibilidad para quienes actúan en esos contextos, con base en que las limitaciones o prohibiciones para el ejercicio de los "derechos políticos" constituye una norma de defensa común internacional para la consolidación democrática de la región.

Luis Espíndola Morales

Derechos positivizados

La noción de derecho positivo es el punto de partida para arribar a una definición del término “derechos positivizados”. En una acepción general, según Bobbio en el libro *El tiempo de los derechos*, el derecho positivo es el conjunto unitario de normas, tanto de conducta como de organización, que reglamentan las relaciones fundamentales para la convivencia y la supervivencia del grupo social. Si bien es en el derecho romano donde surge la idea del derecho codificado, la misma alcanza su cabal desarrollo en el marco del nacimiento del Estado liberal moderno, donde representa uno de sus soportes fundamentales.

La relación dicotómica configurada por el Estado y el derecho fue advertida por la mayoría de los principales exponentes de la filosofía política y del derecho. En este orden, perspectivas como la de Kelsen coinciden en ver a ambos como la cara de una misma moneda, sin que se pueda entender a uno sin el otro y sin importar quien detente el poder soberano del Estado. Es a través de las normas jurídicas establecidas como subsiste el Estado y por las que materializa su poder coactivo.

Ahora bien, el concepto de “derechos positivizados” sugiere necesariamente la existencia de un proceso legislativo en el contexto del Estado moderno, como la vía mediante la cual los derechos en su sentido más amplio pasan a formar parte del conjunto de normas que rigen a una sociedad.

El proceso legislativo es una de las tres fuentes formales del derecho, junto con la costumbre y la jurisprudencia. De acuerdo con esto, García Máynez, en la obra *Introducción al estudio del derecho* (2003), dice que “en los países de derechos escrito, la legislación es la más rica e importante de las fuentes formales… es el proceso mediante el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general”. De esta manera, el proceso legislativo es la forma típica de positivización de derechos, más allá de su incorporación en el orden constitucional o en leyes secundarias.

La positivización de derechos debe ser comprendida como la síntesis de un proceso político y jurídico, cuyas etapas comprenden la construcción conceptual de los derechos y libertades, y su consiguiente protección a través de la definición de un orden legal. Un hecho universal decisivo en el proceso aludido fue la proclamación de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, votada por la Asamblea Nacional Francesa en 1789, en tanto asidero filosófico e inventario axiológico cruciales en la ulterior incorporación de derechos en las primeras Constituciones democráticas.

En este orden de ideas, la evolución de los derechos comprende su reconocimiento e incorporación crecientes en los sistemas jurídicos del Estado moderno, como salvaguarda de su observancia. En el campo de los derechos humanos, este hecho evidencia la compaginación de los principios iusnaturalistas y positivistas, ya que incluyen elementos y fundamentos de ambos, cuya articulación plasma los principios de igualdad y libertad en un cuerpo jurídico normativo.

Dentro del proceso de positivización de los derechos es posible encontrar cuatros grandes etapas o generaciones a lo largo de la historia. En primer lugar, el reconocimiento de los derechos individuales (libertad, igualdad, seguridad y propiedad) o también conocidos como de primera generación, que fueron bandera de lucha de las revoluciones de Inglaterra, Francia y Estados

Unidos entre los siglos XVII y XVIII, que con sus respectivas proclamaciones de derechos ayudaron a modelar las primeras Constituciones de la era moderna: la del estado de Virginia de 1776, la Constitución Federal de los Estados Unidos de América de 1787 y sus diez primeras enmiendas de 1791, así como la Constitución francesa de 1793.

La segunda generación surge en el siglo XX con la Constitución mexicana de 1917, que define a derechos de índole social, relativos a la educación, al trabajo y a la seguridad social.

Los derechos humanos de tercera generación conciben al hombre como integrante de grupos sociales, de los que surgen los derechos concernientes a un medio ambiente sano, a la diversidad cultural, a la información y a las minorías. En la actualidad se discuten los derechos de cuarta generación, dirigidos a que las nuevas generaciones cuenten en el futuro con un mundo viable.

En México, el proceso de inclusión de derechos en los ordenamientos jurídicos tiene una larga trayectoria, comenzando en 1814 con la Constitución de Apatzingán, en donde ya se incluyó el reconocimiento de libertades; en las Constituciones federalistas del siglo XIX, que abarcan los periodos de 1824 a 1835 y de 1847 a 1852, también se reconocen una serie de libertades y la obligación del Estado de protegerlas; el triunfo del movimiento liberal y la promulgación de la Constitución de 1857 consagraron los principios de igualdad, libertad y seguridad personal, e incorporó un modelo más acabado del juicio de amparo, surgido ya con anterioridad tanto a nivel local como federal; por último, con la Constitución de 1917 se inició una auténtica vertiente social del constitucionalismo mexicano, mediante la inclusión de los derechos a la educación y del trabajo. Con la trascendente reforma de 2011 en la materia se fortaleció el reconocimiento de los derechos y libertades en el país, al tiempo de establecer principios y mecanismos jurídicos más eficaces para su protección.

De la manera antes descrita es como los derechos han transitado en el proceso de positivización, además de contribuir a la conformación de lo que algunos autores contemporáneos denominan como "Estado democrático de derecho"; sin embargo, recientemente, el *neopositivista* italiano Luigi Ferrajoli, en su obra *Derechos y garantías. La ley del más débil*, ha propuesto una segunda etapa en la naturaleza de los derechos humanos, lo que implica un nuevo paradigma para el positivismo clásico. Este autor argumenta que mientras que en la primera fase lo que importaba era la legalidad formal, para un segundo momento ya no basta con este componente, sino que además se garantice el respeto a los principios constitucionales y derechos fundamentales establecidos. Con ello se da lugar al Estado constitucional de derecho.

En México y en Iberoamérica, la noción de Ferrajoli resulta especialmente pertinente como pauta de actuación de los diversos actores, ya que en la promulgación de una ley o la emisión de una sentencia, respectivamente, se tendrán que salvaguardar los derechos humanos a partir de un respeto pleno a la Constitución y la observancia de las normas contenidas en el plano de la convencionalidad internacional, ampliando con ello sus garantías.

Rodolfo Lara Ponte

Derechos subjetivos públicos

Los derechos subjetivos son una doctrina que tomó como base el derecho privado, considerando análogo o distinguiéndose el público del privado por las personas que intervienen en las relaciones jurídicas de carácter público, destacándose la priminencia y la subordinación del Estado o asociaciones públicas respecto del individuo; en cambio, las relaciones que pertenecen al derecho privado existe en una coordinación.

Considerando que es la facultad que el Estado concede al individuo de mover el orden jurídico en razón de sus intereses personales, crea, como todo poder limitado reconocido por el derecho, al individuo un derecho subjetivo; por esto, corresponde la personalidad al derecho público; es la condición del derecho privado y de todo el orden jurídico en general, y tal condición por esta razón va íntimamente entrelazada con la existencia de los derechos públicos individuales; esto se diferencia esencialmente del derecho privado, ya que se fundan inmediatamente en la personalidad y no recaen sobre ningún objeto, como acontece en el derecho privado, sino sobre la persona misma, las exigencias que surgen de estos derechos, y a las que se pone de manifiesto la significación práctica de estos. Igualmente, los derechos subjetivos públicos proceden directamente de las facultades que el orden jurídico reconoce a los individuos; la subjetividad se exterioriza mediante el reconocimiento que hace el Estado al individuo de su carácter de miembro en la comunidad popular; pero esto implica el reconocimiento del hombre como persona; es decir, como individuo que posee una esfera de derecho público. Tal es el resultado de la redención total de la cultura, según la cual en el Estado moderno todo hombre que está sometido de algún modo al poder del Estado es al mismo tiempo persona frente a él. Por eso, aun cuando hoy la situación plena de miembro de un Estado dependa para el individuo de que pertenezca o no permanentemente a este Estado, el que se encuentra transitoriamente sometido al poder de un Estado extraño, no solo es considerado como súbdito de este, sino también como *civis temporarius*, que si bien tiene deberes públicos, tiene a su vez derechos de esta naturaleza.

Es decir, el reconocimiento que como persona tiene el sujeto lo hace un ente obligado hacia el Estado, pero a la vez el Estado les reconoce derechos frente a él, creándose la relación jurídica perfecta de derechos y obligaciones.

La teoría de los derechos subjetivos públicos se vio fortalecida por las ideas contractuales de Rousseau y Locke, para el primero de ellos es un contrato político y hace alusión a que la sustitución de un Estado social por uno político da lugar a una enajenación absoluta de todos los derechos naturales del individuo a favor del poder político que así surgía; por el contrario, Locke consideraba que el individuo gozaba de ciertos derechos fundamentales, precisamente estimaba que al tener lugar el contrato político, la sustitución de un Estado social no político por uno político, era justamente para satisfacer la necesidad de que tales derechos fundamentales (la propiedad, la libertad personal, el derecho a la vida) fueran objeto de un reconocimiento mejor del que podían tener en un régimen en el que no existiera el Estado.

Como puede observarse, existe un contraste absoluto entre la doctrina de Locke y la de Rousseau, este último comprendía que la celebración del contrato implicaba la enajenación absoluta de la libertad individual a favor del soberano; una vez celebrado ese contrato, el individuo no podía reivindicar derecho alguno respecto de la voluntad general soberana. En cambio, Locke considera que el contrato político se explica justamente por la necesidad de que los derechos fundamentales del individuo subsistan después de la celebración del contrato, sean objeto de una protección más eficaz.

La influencia de estas ideas tuvo repercusión en las colonias inglesas para orientar la noción de los colonos hacia una noción de derecho natural.

La teoría de estos derechos subjetivos públicos surgen en el siglo XVII, viéndose de manera positiva en los documentos ingleses *Petition of Rights* de 1628 y *el Bill of Rights* de 1689.

Tales derechos fueron desarrollados por las colonias americanas (E. U. A.) y trasladadas a Francia, el cual los recogió en su texto constitucional de 1793, dando un trato de priminencia a los derechos subjetivos públicos; en la Declaración de los Derechos del Hombre se desarrolló un catálogo de estos derechos, considerando como tales a los derechos de libertad, igualdad, seguridad y propiedad, los cuales fueron recogidos por los primeros textos constitucionales nacionales; por ejemplo, la Constitución de Apatzingán del 22 de octubre de 1814, la cual en su capítulo quinto, denominado "De la igualdad, seguridad, propiedad y libertad de los ciudadanos", da constancia de esta aseveración; asimismo, el Acta Constitutiva del 31 de enero de 1824, en su art. 30, hace el señalamiento de que la nación está obligada a proteger por leyes sabias y justas los derechos del hombre y del ciudadano.

Al pretender ser contemplados estos derechos subjetivos públicos en la Constitución de 1824 se produjo una ardua discusión en el seno del Congreso Constituyente, ya que en este existía un grupo que consideraba inútil su inclusión, argumentando que en el Acta Constitutiva ya se habían contemplado en su art. 20 y que incluirlos en el art. 156 del proyecto de Constitución resultaría redundante, además de considerar que el objeto natural de las leyes es el de proteger los derechos de los hombres y que los derechos de los ciudadanos son los que establecen las mismas leyes, esto en la sesión del 28 de agosto de 1824; sin embargo, esta discusión logró que los Estados de la Federación en sus textos constitucionales consideraran de manera expresa estos derechos subjetivos públicos, tomando como base, como ya se ha mencionado, los señalamientos de la Constitución francesa; esto se puede observar en las Constituciones de Chiapas, en el art. 6o.; Coahuila y Texas, en el art. 11; Durango, en el art. 15; Guanajuato, en el art. 14; Michoacán, en el art. 12; Nuevo León, en el art. 9o.; Oaxaca, en el art. 9o.; Puebla, en el art. 4o.; Querétaro, en el art. 8o.; San Luis Potosí, en el art. 10; el Estado de Occidente (Sinaloa y Sonora), en el art. 15, Tabasco, en el art. 3o.; Tamaulipas, en el art. 9o.; Jalisco, en el art. 8o.; Yucatán, en el art. 4o., y Zacatecas, en el art. 7o.

Como se mencionó con anterioridad, la Constitución de 1824 no tuvo un capítulo específico respecto a estos derechos públicos subjetivos; sin embargo, si los trata de manera general, correspondiendo en este régimen la enunciación y desarrollo de estos a las constituciones de las entidades federativas.

La Constitución de 1857 contempló a estos derechos en un título y los denominó "derechos del hombre"; en la Constitución de 1917 se les otorgó el nombre de garantías individuales, denominación desafortunada para algunos autores.

Carlos González Blanco

Desaparición de poderes

La desaparición de poderes es un medio de control constitucional político encomendado al Senado de la República, con la intención de garantizar el sistema federal mexicano; tiene sus antecedentes en el constitucionalismo americano (E. U. A.), en donde la pretensión primigenia es la salvaguarda de la unión pactada por los estados en la Confederación Americana y es desarrollada con base en la interpretación del texto constitucional de las ideas contractuales de Rousseau y de Locke; en el caso de Rousseau, la Constitución es un contrato político emanado de la voluntad popular y en donde esta voluntad popular hace una enajenación absoluta de todos sus derechos a favor del poder político que surge de esto, mientras que la consideración de Locke estima que el contrato político se explica por la necesidad de que los derechos fundamentales del individuo subsistan después de la celebración del contrato. Estas dos consideraciones trasladadas al pacto de los estados son las que sirvieron como base para la jurisprudencia de los Estados de Norteamérica respecto a la garantía de la forma republicana, misma garantía que se encontraba estipulada en el texto constitucional de los Estados Unidos de América de 1787 en el art. IV, sección IV, que enunciaba: "The United States shall guarantee to every state in this union a republican form of government, and shall protect each of them against invasion; and on application of the legislature, or of the executive (when the legislature cannot be convened) against domestic violence". Considerando a esta garantía como el fortalecimiento del sistema federal para preservar la unión de los estados, pasó a nuestro ordenamiento constitucional; sin embargo, no dejó de existir la preocupación de que aquellos que son investidos con los poderes del gobierno federal empleen este poder como medio de su propio engrandecimiento, en vez de utilizarlos para proteger y preservar a la unión federal, permitiendo con esto la garantía federal y, por ende, la unión de los estados miembros de manera voluntaria y no impuesta, pensando que tal unión es lo mejor para el desarrollo y el bienestar común para cada uno de sus integrantes, ya que el uso excesivo de poder para la aplicación de esa garantía traería como consecuencia la consideración de que si no se usa racionalmente esta garantía, pudiera traer la muerte del sistema federal.

En México, la garantía republicana en el régimen de 1824 correspondió al Congreso, el cual tenía esta facultad derivada del art. 49, fracción segunda, que decía: "Las leyes y decretos que emanen del Congreso tendrán por objeto: II. Conservar la unión federal de los Estados y la paz y el orden público en lo interior de la Federación". Es hasta la reforma constitucional de 1874, tratando de fortalecer al Poder Legislativo, cuando se hace presente la garantía republicana, concediéndole esa garantía al Senado en el art. 72, apartado

B, fracción V, que señalaba: "son facultades exclusivas del Senado, declarar cuando hay hayan desaparecido los poderes constitucionales Legislativo y Ejecutivo de un Estado, que llegado el caso de nombrarlo Gobernador provisional quien convocará a elecciones conforme a las leyes del mismo Estado". Desde la aparición de esa facultad concedida al Senado, una gran cantidad de hechos se sucedieron hasta gran parte del régimen de 1917. En estos acontecimientos, la actuación del Senado en ocasiones se convertía en arbitrario y en contra o en detrimento de las entidades federativas, por lo cual no se justificaba el objeto por el cual había sido creado, ya que en lugar de fortalecer la unión de las entidades en el sistema federal mexicano, resultaba nefasta para ella. Múltiples son los casos en los cuales a petición de ciudadanos el Senado intervenía apoyado en esta facultad constitucional y sobresalía la intención de que más que salvaguardar la garantía republicana se pretendía contar en los gobiernos estatales con personas afines al gobierno federal, y podríamos hacer una enunciación demasiado amplia respecto a las actuaciones del Senado bajo esta facultad; sin embargo, cobra relevancia destacar el caso denominado "la doble legislatura del estado de Jalisco", la cual deja en evidencia la manera indiscriminada del abuso de esta facultad de parte del Senado y que se convirtió en un arma política en un afán de contener las diferencias federales con las autoridades locales no afines a los titulares de los poderes federales. He aquí el ejemplo de la doble legislatura: once individuos se reunieron en una casa de Guadalajara con la finalidad de constituir los poderes estatales de Jalisco; sin sustento legal ni constitucional que los respaldara expiden un decreto nombrando como presidente del Tribunal Superior de Justicia a alguien ajeno a ellos y desconociendo después al Ejecutivo local, por lo cual el presidente del Tribunal electo para ellos pasaba a ser el gobernador constitucional del Estado y así forman, según ellos, dualidad de los poderes constituidos de los poderes del Estado.

Mediante un doble juego político, el Ejecutivo federal reconoce a los poderes constituidos del estado de Jalisco (Ejecutivo y Legislativo); sin embargo, en su reconocimiento da a los ciudadanos rebeldes la oportunidad de acudir al Senado para hacer valer sus derechos que como legislatura reclaman, es aquí donde la intervención del Senado cobra relevancia, ya que con un espíritu aparentemente conciliador en su resolución, manifiesta que es llegado el momento de nombrar a un gobernador provisional; para que este convoque a elecciones para el nombramiento de los titulares de los poderes constituidos del Estado.

Esto provocó el rechazo airado por parte del Poder Ejecutivo del estado y la legislatura local, por tal aberrante disposición, ya que no se encontraba este caso en el supuesto inmerso en el art. 72, apartado B, fracción V, que a la letra decía: "B.- Son facultades exclusivas del Senado", "Declarar cuando hayan desaparecido los poderes constitucionales Legislativo y Ejecutivo de un estado, que es llegado el caso de nombrarte gobernador provisional, quien convocará a elecciones conforme a las leyes del mismo Estado", de conformidad a lo publicado en *El Monitor Republicano*, núms. 166 y 167, el 11 y 12 de julio de 1876.

En México, estos constantes abusos en los distintos regímenes constitucionales, desde 1857 y gran parte de 1917, hizo necesaria la reglamentación para el uso de este medio de control político, lo cual se dio el 29 de diciembre de 1978 bajo la denominación de Ley reglamentaria de la fracción V del art. 76 de la Constitución General de la República, la cual señala cinco supuestos en los que se puede configurar la desaparición de los poderes de un estado, de las cuales la primera y la quinta hacen referencia a la garantía federal y a la garantía republicana, y la segunda, tercera y cuarta se refieren a impedimentos, prorrogas o abandonos de los titulares de los poderes constituidos en los estados.

Carlos González Blanco

Destierro

El destierro, incluido entre las penas privativas de libertad ambulatoria, fue considerado en los textos histórico-jurídicos como la sanción modelo del grupo constituido por el extrañamiento, la deportación o el confinamiento, y se refiere a la expulsión territorial, que excluía al reo de residir en su lugar natural, en su comunidad. Según el *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia* de Escriche, el destierro "no es más que la expulsión judicial de alguna persona de cierto lugar o territorio determinado; pero en el leguaje de las Partidas (VII, 31, 4) se entiende también por destierro la traslación hecha por autoridad de justicia de alguna persona a una isla u otro paraje cierto". Entre los atenienses de la antigüedad se llamaba al destierro político *ostracismo*, mientras que entre los romanos (como señala el propio Escriche) se llamaba *deportación* al destierro perpetuo con ocupación de bienes, y *relegación* a aquel destierro sin confiscación de bienes. En las fuentes del derecho español encontramos referencias del destierro desde el libro de los Fueros de Castilla (números 163 o 188), el Fuero Viejo de Castilla (t. II, 1.1; 2.1; I.4), las Leyes de Estilo (t. I, XLIX o CCLII), el Espéculo (III, 5, 13 o III. 8.5), las Partidas (VII, 31, 4), el Fuero Real y el Ordenamiento de Alcalá hasta la legislación de Cortes o la legislación especial, como el Ordenamiento de Tahurerías. Su frecuencia en los textos, como afirma Tomás y Valiente, resalta su utilización no solo contra infracciones específicas, sino en sustitución de las corporales, en principio no ejecutables sobre los nobles.

El destierro, como pena de orientación a veces política, fue una de las más útiles del Antiguo Régimen, aunque se mostrara peligrosa por sus efectos, ya que "tiene la ventaja de no ser irreparable… pero es una pena muy desigual si se aplica sin discernimiento", como argumenta el propio Escriche. A su vez, era la más leve entre las penas restrictivas de la libertad ambulatoria, pues distintos estudios realizados en torno a las penas impuestas en esta época parecen demostrar que el destierro se aplicaba como modo de moderar la pena ordinaria, en los supuestos de delitos graves mediando alguna circunstancia atenuante, o para aquellos acusados por delitos no excesivamente graves. Ortego Gil (historiador del derecho español), en sus diversos estudios histórico-jurídicos incluyó como aquellos delitos que merecían la pena de destierro, los atentados a las justicias, amancebamientos, juegos prohibidos, rufianismo,

hechicerías, incendios, escándalos y blasfemias, aborto, abigeato, armas prohibidas.

La exclusión territorial del reo, siguiendo la terminología romana, podía hacerse a una isla o ínsula, o abandonar el lugar o pueblo donde se cometió el delito y en los supuestos más graves, del reino, propio de los destierros perpetuos, constituyendo en sí misma una pena de muerte civil. En los reinos de la península ibérica, durante los siglos XVI a XVIII, si bien buena parte de la legislación real incluyó como sanción la pena de destierro, no siempre mencionaron su ámbito territorial de exclusión.

La garantía de la paz de las personas, en especial de las privilegiadas, o de la comunidad atacada, fueron los argumentos más repetidos en las sentencias para fundamentar el destierro. Esta pena se constituyó, como una de las más importantes cuantitativa y cualitativamente durante la Edad Moderna (siglos XVI y XVII), por delante de las penas pecuniarias y a mucha distancia de la condena al remo, tercera en importancia porcentual. Sin embargo en el transcurso del siglo XVIII fue superada por sanciones como las propias penas pecuniarias, el apercibimiento o el presidio. Esta situación propia de la España del Antiguo Régimen pudo apreciarse también en países como Francia, aunque en este caso la pena de destierro no sería totalmente desplazada hasta la consolidación de la prisión.

El destierro no solo provocaba al condenado el desplazamiento hacia un medio desconocido, lo que a menudo conllevaba la entrada en el mundo de la mendicidad, sino que era un instrumento valioso de una política criminal inteligente, ya que, como afirma Ortego Gil, la justicia de aquel periodo de transición de los siglos bajomedievales y modernos, ante la imposibilidad de crear nuevas penas y correspondiendo a cada delito un castigo, utilizaron el destierro como una pena de no excesiva dureza, que les permitía adecuarse a la personalidad de determinados delincuentes, a la gravedad de los hechos, al grado de participación en estos y a la obligación de reprimir las conductas que hubieran violentado el ordenamiento jurídico.

Hasta antes del siglo XIX la pena de destierro fue concebida como una medida de seguridad, al menos relativa, destinada a la protección de la sociedad frente a los criminales que no habían sido castigados con la pena de muerte, evitando así ulteriores acciones violentas del entorno ciudadano. En los siglos XIX y XX el destierro se le considera como pena con perfil correccional. Dicha pena ya no solo fue impuesta a los delitos particulares, sino que también se usó para delitos contra el Estado u otros con connotaciones políticas o o como sanción para casos de responsabilidad de funcionarios públicos.

Actualmente hay una tendencia cada vez mayor a erradicar la pena de destierro en las legislaciones penales nacionales; sin embargo, en aquellos países que aún la contemplan, su aplicación requiere de una determinación judicial oficial. El art. 9o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que "nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado".

Por su parte, el art. 22.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al referirse al derecho de circulación y de residencia, indica que "nadie puede ser expulsado del territorio del estado de cual es nacional, ni ser privado del Derecho a ingresar al mismo", lo que nos hace suponer que

esta disposición limita la posibilidad de establecer como pena el destierro a un nivel internacional, ya que en este caso no se hace excepción respecto de leyes que pudieran considerar casos o situaciones particulares y, adicionalmente, cabe decir que en el punto 7 del mismo artículo se reconoce el derecho que se tiene a buscar y recibir *asilo* en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos. Toma relevancia hacer estar relación, considerando que durante el siglo XX el destierro se aplicó mayoritariamente contra los adversarios políticos de un Estado.

Finalmente, y considerando la propuesta hecha por la Comisión Andina de Justicia en los *Lineamientos para la implementación del Estatuto de Roma*, en relación con el tema de sanciones penales, se hace necesario que las legislaciones nacionales tengan presente que "se prohíbe la sanción con pena de muerte, destierro y demás sanciones que establezcan un trato cruel, inhumano o degradante a la persona declarada responsable" (disposición 3.7), esto con la finalidad de facilitar la implementación de dicho Estatuto, que refleja el nuevo sistema de justicia penal internacional, sin olvidar, por una parte, que dicho sistema "actúa de forma complementaria a la labor de administrar justicia por parte de los tribunales nacionales", y, por la otra, como señala Sergio García Ramírez, que "las sanciones recogen y significan determinada opción ética, política y jurídica. Acreditan la frontera entre la democracia y el autoritarismo, con sus respectivas implicaciones".

Amelia Gascón Cervantes
María Dolores Madrid Cruz

Diálogo coevolutivo

En biología, coevolución es el cambio de uno o más seres vivos provocado por el cambio de otro organismo con el que mantienen algún tipo de interacción recíproca, que puede ser mutualista, competitiva o antagónica. En el caso de interacciones competitivas y antagónicas, la coevolución en el largo plazo tiende a la separación de los organismos, mientras que en interacciones mutualistas la tendencia es su vinculación permanente. Son ejemplos de coevolución las adaptaciones generadas por interacciones antagónicas entre depredador y presa, o las producidas por interacciones mutualistas entre plantas y polinizadores.

El concepto se ha aplicado como metáfora de análisis de procesos interdependientes que se desarrollan en forma análoga a la coevolución biológica en diversos campos, desde la sociología y la política económica hasta la astronomía y la informática. En el ámbito jurídico, la metáfora evolutiva se asocia a debates hermenéuticos entre originalistas y no originalistas, que caracterizan a la Constitución o los tratados internacionales como "instrumentos vivos", por oposición a una interpretación restringida a la intención o significado original de los textos. Este debate es especialmente relevante respecto de prácticas condenadas en el presente que eran ampliamente permitidas en el pasado (*v. gr*. la discriminación por la orientación sexual), y tiene implicaciones importantes en torno al papel de los jueces en regímenes democráticos. En Estados Unidos, el debate se asocia a la expresión "living Constitution"; en *Missouri*

v. Holland 252 U.S. 416 (1920), Holmes describe a la Constitución como un "organismo" cuyo desarrollo posterior no podía ser previsto del todo por los padres fundadores, y en consecuencia, la Constitución debía interpretarse a la luz de la realidad social presente y no de la imperante cien años atrás. Este criterio hermenéutico de interpretación evolutiva fue adoptado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Tyrer v. Reino Unido* (sentencia de abril 25 de 1978, serie A, núm. 26, párr. 31), donde la Corte sostuvo que la Convención Europea de Derechos Humanos es un "instrumento vivo" que "debe ser interpretado a la luz de las condiciones presentes". Por su parte, en la Opinión Consultiva 16/1999, la Corte Interamericana de Derechos Humanos acogió este criterio tomando como referencia el caso *Tyrer*, sosteniendo que "los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales". Adicionalmente, la Corte Interamericana vinculó este criterio hermenéutico a la noción de *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos, basándose en la Opinión Consultiva de junio 21 de 1971 de la Corte Internacional de Justicia, donde se estableció que todo instrumento internacional "debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar". De este modo, la Corte consideró que en la interpretación de tratados interamericanos debía examinar "la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo", lo que significa que la interpretación evolutiva no solo implica considerar las condiciones sociales actuales, sino además incorporar los estándares universales del sistema de Naciones Unidas, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño o la Convención 169 de la OIT. Por ello, la jurisprudencia interamericana no se desarrolla autárquica y aisladamente, sino que evoluciona en interacción mutualista con el sistema universal.

Esta dinámica coevolutiva no solo se predica entre el nivel interamericano y el universal, sino también entre el nivel interamericano y las jurisdicciones nacionales. Durante las primeras décadas de funcionamiento del sistema interamericano, la Corte Interamericana emitía órdenes genéricas a los Estados como un todo y defendía el principio de interpretación autonóma, reconociendo escaso margen de apreciación a las cortes nacionales. A finales de los años noventa, la Corte instauró un modelo de relacionamiento directo con órganos estatales concretos, incluyendo el legislador y los jueces nacionales. Esto propició el desarrollo de diálogos directos y policéntricos entre cortes nacionales y la Corte Interamericana (*cfr*. diálogo policéntrico). Desde el caso *Almonacid Arellano et al. vs. Chile* (2006), que introdujo la doctrina del control de convencionalidad, los jueces nacionales deben verificar la compatibilidad entre las normas nacionales aplicables al caso concreto y la normatividad interamericana, teniendo en cuenta la interpretación que de estas normas haya realizado la Corte Interamericana; esto ha incentivado la adopción de estándares interamericanos en la jurisprudencia constitucional nacional. Adicionalmente, la Corte Interamericana ha reiterado la aplicación del principio *pro homine* cuando los estándares nacionales sean más garantistas que los estándares interamericanos, y en casos como *Castañeda Gutman vs México* (2008),

Manuel Cepeda vs. Colombia (2010), y *Sarayaku vs. Ecuador* (2012) ha mostrado cierta deferencia hacia estándares nacionales de derechos humanos, abriendo espacios de reciprocidad e influencia mutua entre las cortes del sistema.

Este modelo de diálogos coevolutivos entre las cortes nacionales y la Corte Interamericana contrasta abiertamente con la tradicional solución monista internacionalista —que resuelve los conflictos de interpretación entre órdenes concediendo mayor jerarquía a la corte internacional y restringiendo el margen nacional de apreciación —y con la solución dualista —que otorga prevalencia a la corte nacional y condiciona la eficacia de la jurisprudencia internacional a su recepción interna—. El modelo coevolutivo concibe a estas cortes como actores interdependientes cuyas posturas se influencian recíprocamente, lo que puede derivar en una confluencia de interpretaciones similares o mutuamente compatibles dentro del sistema en conjunto si las interacciones son mutualistas y cooperativas; sin embargo, las interacciones también pueden ser competitivas o antagónicas y producir divergencias interpretativas debido al carácter policéntrico de los diálogos, ya que todas las cortes involucradas pueden ser origen de estándares normativos garantistas y a que el rol de la Corte Interamericana se asimila al de un *primus inter pares*. Desde este enfoque, el sistema interamericano se concibe como un sistema judicial multinivel de alcance regional que integra como propios tanto el nivel nacional de protección de derechos humanos como los estándares normativos de aplicación universal del sistema de las Naciones Unidas.

Manuel Eduardo Góngora-Mera

Diálogo jurisprudencial

Aparentemente el diálogo jurisprudencial es una de las más recientes realidades que caracterizan las relaciones entre ordenamientos jurídicos diversos y respectivas jurisprudencias. Según una opinión frecuente, se habría producido un intenso cambio interesante de las relaciones entre diversas cortes estatales y entre cortes estatales y cortes internacionales. Este entramado de jurisprudencias vería inevitablemente la utilización del derecho extranjero por parte de los jueces estatales y el recurso a la comparación tanto por parte de los jueces estatales como de aquellos internacionales.

La superación de las barreras ideológicas después del fin de la contraposición entre el bloque occidental y el bloque soviético ha permitido el acercamiento de las elecciones constitucionales de numerosos ordenamientos a aquellas propias de los Estados de consolidada democracia liberal, y ha facilitado la creación de un *espacio cultural común* que impulsa a la recíproca homologación de las jurisprudencias constitucionales e internacionales.

El diálogo resulta creíble sobre todo en el sector de la tutela de los derechos humanos, donde subsisten aquellos presupuestos de uniformidad que podrían asegurar el diálogo mismo en cuanto cada Estado está obligado a observar la Declaración Universal y las distintas cartas de derechos adoptadas a nivel regional en los diversos continentes. Pero esta uniformidad de tutela entre Constituciones y convenciones sobre los derecho a menudo resulta, en

realidad, meramente aparente si se pasa de la declaración formal a la práctica actuación de los principios.

Hay que constatar que las hipótesis de diálogo no tienen absolutamente una perspectiva universal, pero necesariamente resultan exclusivamente circunscritas a los ordenamientos de inspiración liberal a prescindir de su colocación espacial en diversos continentes.

Los estudios desarrollados sobre el tema muestran que el diálogo se presenta sensiblemente diverso según si se desarrolla en el ámbito de las relaciones entre cortes de un ordenamiento internacional regional (Unión Europea, Consejo de Europa, Pacto de San José) y cortes estatales incluidas en éste o entre cortes estatales.

En un ordenamiento internacional regional es oportuno investigar el necesario equilibrio entre competencias de intervención confiadas a los órganos de la entidad interestatal de nueva constitución, basada sobre una convención, y órganos de los Estados miembros, basados sobre una Constitución. Al adoptar sus propios pronunciamientos, una corte internacional debe tener en cuenta las atribuciones residuales de los órganos estatales, y las cortes estatales deben tener cuenta de cuánto ha sido devoluto a los órganos de la comunidad internacional. Se establecen inevitablemente nexos entre los dos niveles de jueces. Existe, entonces, una verdadera *interacción* entre cortes confirmada por la experiencia de las cortes de Luxemburgo, Estrasburgo y por la Corte Interamericana. Los tratados, las jurisprudencias y las prácticas ponen en relieve los instrumentos a través de los cuales la interacción se manifiesta con el fin de asegurar un aceptable nivel de compatibilidad entre los dos niveles.

En primer lugar, es norma general que los Estados y las respectivas jurisdicciones deben observar el derecho de los tratados y también la jurisprudencia de las cortes internacionales. Este vínculo de adecuación sucesiva es pretendido por las cortes internacionales y asegurado por aquella estatal, llegando a imponer, cuando es necesario, modificaciones legislativas y, a veces, constitucionales de adecuación. Además, las cortes estatales deben asegurar una interpretación del derecho estatal conforme al derecho convencional y efectuar un control de convencionalidad para garantizar la correspondencia de la normatividad interna con los vínculos asumidos con la convención. En algunos casos está expresamente previsto un reenvío prejudicial de la corte estatal a aquella internacional para asegurar, en vía preventiva, que el juez estatal decida teniendo en cuenta el correcto modo de leer la fuente convencional y las normas que le dan ejecución a nivel internacional, siguiendo los principios establecidos por el juez internacional. En general, las relaciones entre los dos niveles de jueces se inspiran en un principio colaborativo que muestra una *recíproca deferencia:* se tiene cuidado en salvaguardar los propios recíprocos, principios fundamentales de referencia (la convención y la Constitución), como demuestra la famosa historia de los denominados contralímites progresivamente absorbidos por su inclusión en los más recientes tratados en el caso de las relaciones entre cortes de justicia y cortes constitucionales estatales. Pero también en el ámbito del Convenio Europeo encontramos útiles ejemplos de colaboración, como demuestra el reconocimiento por parte de la Corte de Estrasburgo del principio del margen de apreciación nacional.

Mientras en las relaciones entre corte convencional y cortes estatales se puede especificar un principio fundamental de colaboración, que implica una constante *interacción* que permite hablar de diálogo, asimismo no puede afirmarse para las relaciones entre cortes estatales del mismo nivel. Aquí es posible únicamente individualizar la presencia de una *influencia* ejercitada por parte de la jurisprudencia de cortes dotadas de particular prestigio sobre aquella de otras cortes, el que siempre se ha dado por la natural sugestión ejercitada por los sistemas jurídicos que se presentan como modelos dignos de imitación. En similares casos se manifiesta una influencia unidireccional, faltando aquella interacción que es la esencia del diálogo. Además, es también natural que en ordenamientos que compartan los valores constitucionales liberales se produzca una objetiva *convergencia* entre jurisprudencias que hacen resaltar la homogeneidad de ordenamientos jurisprudenciales sobre temas comunes, como la tutela ambiental, y sobre numerosas cuestiones éticamente sensibles, como los símbolos religiosos, el aborto, el final de la vida, el régimen de las parejas homosexuales y similares.

Es interesante concluir resaltando que se presentan casos en los que el diálogo se rechaza. Y esto puede suceder por diversas razones: o porque las cortes consideran que la perfección, la autosuficiencia y finitud del proprio ordenamiento no tiene necesidad de hacer referencia a contribuciones derivadas de otros ordenamientos, como en el caso de la dirección de la Corte Suprema de Estados Unidos, o porque la recepción de los principios liberales se ha vivido como impuesta del exterior, como en el caso de la imposición del Convenio Europeo con los Acuerdos de Dayton, y por ello es comprensible el rechazo de la Corte Constitucional de la República Serbia de Bosnia de adecuarse al pronunciamiento de la Corte Constitucional bosniana en temas de símbolos de su identidad. Pero también algunos sistemas abiertos a las contribuciones externas son a veces muy prudentes a la hora de basarse en jurisprudencia extranjera. La misma Corte Constitucional Sudafricana, que es el caso más notable de apertura a la jurisprudencia externa, ha dado demostración en algunos casos de rechazar la contribución de cortes extranjeras. El rechazo del diálogo concierne también la relación de las cortes constitucionales y de las cortes supremas con la jurisprudencia internacional. También jueces que son orientados a emplear la jurisprudencia de las cortes internacionales pueden en ciertos casos oponerse a ello. La Corte de Casación italiana es desde hace años una fiel ejecutora de la jurisprudencia de Estrasburgo, pero a veces se ha negado a observar sin reservas la misma, como cuando no ha aceptado el modo en el que la Corte de Estrasburgo pretende valorar el paso del tiempo para verificar si ha habido vulneración del artíclo 6 del Convenio Europeo.

Giuseppe de Vergottini
(Traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

Diálogo policéntrico

La palabra "diálogo" proviene del vocablo griego *dialogos* (διάλογος), que significa a la vez "discusión" y "conversación". El término fue utilizado primero

por los sofistas como técnica de argumentación para la indagación de nuevos conceptos a través de la deliberación entre dos o más personas en igualdad de condiciones y conjuntamente responsables del resultado del diálogo. Esta concepción interdependiente y no jerarquizada del intercambio de ideas fue recogida por Platón en sus *Diálogos socráticos* y se caracteriza por la promoción del razonamiento individual, el respeto mutuo y el reconocimiento de los mejores argumentos.

En el ámbito jurídico, el vocablo "diálogo" se ha empleado de manera imprecisa en la doctrina contemporánea para describir una gran variedad de citaciones de jurisprudencia de cortes no nacionales como ejercicio de derecho comparado, legitimadas por la autoridad persuasiva derivada de la sofisticación teórico-argumentativa o el reconocimiento internacional de la corte extranjera. En sentido estricto, el concepto de diálogo se ha utilizado como metáfora de análisis de formas de interacción transnacional entre jueces en situaciones de pluralismo constitucional, en las que los jueces pertenecen a una misma comunidad de derecho e interpretan normas comunes, y no hay una última instancia que centralice jerárquicamente la solución de controversias, sino tantos centros como jurisdicciones involucradas; por ejemplo, tribunales nacionales y regionales en el marco de sistemas regionales de derechos humanos y de sistemas de integración supranacional como la Unión Europea. En este contexto, las citas a la jurisprudencia de cortes de países vecinos no se sustentan necesariamente en la autoridad o reconocimiento internacional de la corte referenciada, sino que usualmente exploran cómo ha sido resuelto un problema jurídico bajo normas de interpretación común. Adicionalmente, la corte regional generalmente no se percibe a nivel nacional como una corte "extranjera", sino que se le concede a su jurisprudencia una autoridad con relevancia diferenciada. En el caso del sistema interamericano de derechos humanos, el diálogo se fundamenta en los principios de interpretación conforme, *pro homine* y el principio de interacción, según el cual todo juez nacional o internacional que interprete derechos humanos debe considerar tanto el derecho nacional como el derecho internacional válidamente incorporado al orden jurídico respectivo; por lo tanto, el juez no puede conformarse con estándares mínimos fijados en su respectiva jurisdicción, sino que debe aplicar el estándar más favorable a la persona, sea éste de fuente interna o internacional. Estos principios son reforzados por la doctrina interamericana del control de convencionalidad, y en algunos países, por la doctrina del bloque de constitucionalidad. "Diálogo", en sentido estricto, se define entonces como la interacción transnacional entre jueces que pertenecen a un sistema judicial regional, en torno a criterios jurisprudenciales y estándares decisionales sobre temas sustantivos de derechos humanos y obligaciones correlativas estatales. Por ello, no toda citación de la jurisprudencia de otra corte puede calificarse como "diálogo" en sentido estricto.

En la doctrina se han propuesto diversas tipologías de diálogos, según las funciones que éstos cumplen, los órdenes jurídicos de las cortes que intervienen, el grado de reciprocidad manifestado por las cortes involucradas, o el alcance de los diálogos. Bajo un modelo coevolutivo de relacionamiento entre las cortes nacionales y la Corte Interamericana (*cfr*. diálogo coevolu-

tivo), el diálogo se caracteriza por relaciones no jerárquicas de respeto mutuo, basadas en la interdependencia y reciprocidad entre cortes nacionales y la corte regional, en la que ésta última asume un papel de *primus inter pares*. Por lo tanto, las interacciones entre las cortes del sistema pueden producirse en múltiples direcciones; un diálogo puede comenzar como una interacción entre dos cortes nacionales que puede luego derivar en una interacción con la Corte Interamericana; o una interacción entre la Corte Interamericana y una corte nacional puede recibir también influencias de otras cortes nacionales. Bajo este modelo de relacionamiento entre cortes del sistema, resulta significativo emplear una tipología que distinga el alcance y efectos del diálogo; esto es, si se trata solamente de una interacción bilateral con efectos limitados a las partes involucradas, o si genera una respuesta multilateral que pueda considerarse como una deliberación de alcance regional con efectos convergentes o divergentes predicables frente al conjunto. En este sentido, se distingue entre diálogos directos y diálogos policéntricos. El diálogo directo es toda interacción entre dos cortes de un sistema regional, en la que la comunicación iniciada por una corte es respondida por la otra. En el sistema interamericano, estas interacciones se han desarrollado progresivamente como producto del enfoque de relacionamiento directo de la Corte Interamericana con instituciones nacionales singularizadas, especialmente a través de órdenes de reparación y del mecanismo de supervisión de cumplimiento de sentencias. En tales eventos, la interacción se produce porque ya hay de por medio una sentencia de fondo y reparaciones en contra de un Estado en la que los jueces nacionales pueden tener un papel, como declarar la inconstitucionalidad de una norma interna que viola la Convención Americana, facilitar la apertura de una investigación judicial, o efectuar un cambio de jurisprudencia. En estos casos, el diálogo directo usualmente se relaciona con la implementación de la sentencia específica a nivel interno. Por su parte, los diálogos policéntricos se definen como interacciones entre diferentes cortes del sistema sobre el alcance o contenido de derechos humanos y obligaciones correlativas estatales, a través de las cuales se diseminan estándares normativos entre el nivel nacional y el interamericano o de un sistema jurídico nacional a otro. Si bien pueden surgir a partir de un diálogo directo entre la Corte Interamericana y una corte nacional cuando otros tribunales se pronuncian sobre el mismo problema jurídico, no se requiere necesariamente una resolución de la Corte Interamericana contra el país o los países respectivos que discuten el estándar. El adjetivo "policéntrico" contrasta el modelo coevolutivo de relacionamiento entre cortes con modelos jerarquizados. Por ejemplo, a nivel nacional, los órganos judiciales tienen una estructura jerarquizada y están subordinados en mayor o menor grado a un único centro, que es usualmente una alta corte con funciones de control constitucional, ya que generalmente los jueces inferiores deben interpretar las normas de conformidad con la interpretación de la alta corte. En comparación, en el sistema interamericano la relación entre la Corte Interamericana y las cortes constitucionales nacionales no es jerárquica ni subordinada. La prevalencia no está preestablecida por la naturaleza de la corte que interpreta, sino que se define según el alcance de la interpretación, y por lo tanto, todas estas cortes son potenciales fuentes de estándares nor-

mativos que terminen imponiéndose en el sistema en conjunto al ofrecer una protección más amplia de los derechos humanos.

En el sistema interamericano se han producido diálogos policéntricos en una gran variedad de temas, como la legislación antiterrorista y la jurisdicción militar, la desaparición forzada, los límites de la cosa juzgada, la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, las autoamnistías, la pena de muerte, la adecuada tipificación penal, el debido proceso, los derechos políticos, la libertad de expresión, y los derechos de sujetos específicos como la mujer, los pueblos indígenas y afrodescendientes, las víctimas, la población carcelaria y los migrantes.

Manuel Eduardo Góngora-Mera

Diario Oficial de la Federación

El origen de los órganos oficiales de publicación de disposiciones normativas se encuentra en los heraldos y pregoneros de épocas remotas, así como en los bandos y gacetas de etapas históricas más recientes gracias a la invención por Gutenberg de la tipografía en 1450, una vez llegada la imprenta a la Nueva España en 1539. La función de las publicaciones oficiales, impresas, y sobre todo ahora también electrónicas, es básica para el conocimiento de tales disposiciones por parte de los sujetos obligados por las mismas.

A partir de 1666 aparecieron las primeras gacetas en la Nueva España, pero no fue hasta 1682 cuandoestos impresos consignaron su fecha respectiva, según se consigna en la *Crónica del Diario Oficial de la Federación,* publicada por la Secretaría de Gobernación (México, primera edición, 1988). Durante el gobierno virreinal, el 2 de enero de 1810 se publicó el primer número de la *Gazeta del Gobierno de México*, cuya redacción estaba a cargo de don Juan López de Cancelada, y de don Alejandro Valdés la impresión, hasta el 29 de septiembre de 1821, en que apareció el último número. Cuatro días después, bajo el gobierno de Agustín de Iturbide, el mismo impresor inició la publicación de la *Gaceta Imperial de México* al año siguiente, denominada *Gaceta del Gobierno Imperial de México*. Más tarde, en la *Gaceta del Gobierno Supremo de México* se publicaron los principales despachos del Poder Ejecutivo a cargo de Nicolás Bravo, Guadalupe Victoria y Celestino Negrete, triunvirato que se hizo cargo de un Ejecutivo colegiado a la caída de Iturbide. Las diversas denominaciones que adoptó la publicación oficial en los años subsecuentes da noticia de las turbulencias políticas de la época: *Gaceta del Supremo Gobierno de la Federación Mexicana, Registro Oficial del Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, Diario del Gobierno de la República Mexicana, Diario Oficial del Gobierno Mexicano, Diario del Gobierno de la República Mexicana, El Correo Nacional, El Constitucional. Periódico oficial, Diario del Imperio*, entre otras. Las Constituciones de 1814 (arts. 128 a 131), 1824 (110, fracción 1a.), 1836 (39 a 42) y 1843 (65 y 87, f. I) establecieron el fundamento de las publicaciones oficiales, no así la de 1857, cuyo art. 71 fue reformado el 13 de noviembre de 1874 para establecer la obligación del Ejecutivo federal de publicar las leyes si no tuviere observaciones que hacer; si bien el artículo 85, f. I, estableció originalmente la facultad y obligación del presidente de "Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, prove-

yendo en la esfera administrativa a su exacta observancia", que pasó tal cual a la Constitución de 1917, pues ésta, a pesar de sus cambios trascendentales, formalmente solo fue una reforma de aquélla.

El art. 89, f. I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) vigente recupera dicha la facultad y obligación del presidente de la República de promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión. Por su parte, el art. 72, inciso B, establece que se reputará aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto de ley o decreto no devuelto con observaciones a la Cámara de su origen dentro de los treinta días naturales siguientes a su recepción; vencido este plazo, el Ejecutivo dispondrá de diez días naturales para promulgar y publicar la ley o decreto. Transcurrido este segundo plazo, según reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF),* del 17 de agosto de 2011, para anular el llamado *veto de bolsillo* presidencial, la ley o decreto será considerado promulgado, y el presidente de la Cámara de origen ordenará dentro de los diez días naturales siguientes su publicación en el *DOF*, sin que se requiera refrendo. La Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, por su parte, ordena en su art. primero transitorio su publicación en el *DOF*, sin que esto haya requerido de la promulgación o autorización del Ejecutivo Federal; caso que no es único, pues lo mismo sucede con la publicación de los demás ordenamientos interiores de ambas Cámaras del Congreso, del Poder Judicial de la Federación y de los órganos constitucionales autónomos. El Reglamento Interior de la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal (*DOF* del 15 de mayo de 2009), señala la atribución del Consejero de enviar a la Secretaría de Gobernación los instrumentos jurídicos expedidos por el presidente de la República que deban publicarse en el *DOF*.

El *DOF* es el órgano del Poder Ejecutivo Federal de los Estados Unidos Mexicanos, a cargo de la Secretaría de Gobernación, de carácter permanente e interés público, cuya función consiste en publicar en el territorio nacional, de manera impresa y electrónica, los tratados internacionales, leyes, decretos, reglamentos, acuerdos, circulares, órdenes y demás actos que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y las leyes ordenan que sean publicados por este medio, expedidos en sus respectivos ámbitos de competencia por los poderes, órganos constitucionales autónomos, dependencias, entidades y demás entes públicos del orden federal de gobierno, a fin de que los mismos sean aplicados y observados con certeza y seguridad respecto de su contenido literal. También pueden ser publicados aquellos actos o resoluciones que por su propia importancia así lo determine el presidente de la República, así como las *fe de erratas* que la autoridad estime necesarias. El *DOF* podrá ser publicado todos los días del año, y, en caso necesario, podrá haber más de una edición por día; solo el formato impreso se distribuye para su venta al público.

Originalmente la regulación en legislación secundaria de publicar las disposiciones de observancia general para que obliguen y surtan sus efectos solo se encontraba en el art. 3o. del Código Civil de 1928, hoy Código Civil Federal, así como en los respectivos códigos civiles de los estados de la República, conforme a lo establecido en sus respectivas constituciones locales. La Ley

del Diario Oficial de la Federación y Gacetas Gubernamentales, publicada en el *DOF* del 24 de diciembre de 1986, reglamenta la publicación de éste y establece las bases generales para la publicación de gacetas gubernamentales sectoriales que hasta la fecha no han sido necesarias. La fracción III del art. 27 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal establece la atribución de la Secretaría de Gobernación de administrar el *DOF*, y, en su fracción siguiente, la de compilar y sistematizar los tratados internacionales, leyes y demás disposiciones federales, estatales y municipales, así como establecer el banco de datos correspondiente para proporcionar esta información a través de los sistemas electrónicos de datos, función a cargo de otra unidad administrativa de la propia dependencia.

El Código Civil Federal, en su art. 21, establece que "la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento"; una disposición semejante se encuentra en los códigos civiles de las entidades federativas. De ahí la necesidad no solo de publicar y compilar, sino de difundir y divulgar las disposiciones del orden jurídico nacional, publicado en los diarios, periódicos, gacetas y boletines oficiales de la República, a la población en general.

En las entidades federativas de la República las publicaciones oficiales respectivas tienen su fundamento, además, en leyes o reglamentos locales, para los mismos efectos de certeza y seguridad. La falta de una regulación expresa y puntual, así como la penuria económica de un gran número de gobiernos municipales, explica la falta de publicación oficial de sus respectivas disposiciones normativas por la mayor parte de ellos en perjuicio de sus gobernados. Para el gobierno local del Distrito Federal, las disposiciones respectivas tienen su fundamento en el Estatuto de Gobierno (arts. 49 y 67, frac. I); las leyes y decretos expedidos por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal se publican en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* y en el *DOF*.

La única reforma hasta la fecha a la Ley del *DOF* fue publicada el 5 de junio de 2012, e introdujo las siguientes innovaciones: reconoce la validez jurídica de la edición electrónica; señala la manera en qué se difundirá; garantiza su autenticidad, integridad e inalterabilidad mediante la firma electrónica avanzada; su acceso universal y gratuito a través de las redes abiertas de telecomunicación; finalmente, autoriza las publicaciones extraordinarias del *DOF* y las *fe de erratas*.

En 2012, en el alcázar del castillo de Chapultepec en la ciudad de México, y bajo el auspicio de la Secretaría de Gobernación, se constituyó la Red de Publicaciones Oficiales Mexicanas (Repomex), que agrupa a los directores de las mismas para efecto de intercambio de información y apoyo mutuo, más necesarios aun para el mejor aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información. Previamente, con el mismo propósito y bajo el auspicio de la Organización de Estados Americanos, se formó la Red de Boletines Oficiales Americanos (REBOA), a la cual pertenecen los países latinoamericanos, los Estados Unidos de América y el Reino de España; la presidencia de ambas redes es rotatoria entre los países o entidades miembros.

Eduardo de Jesús Castellanos Hernández

Dignidad humana

Hay pocos conceptos tan centrales y luminosos para el derecho y, a la vez, tan oscuros, como el de dignidad. La literatura suele situar en el pensamiento de I. Kant la mejor fundamentación de la idea. Para el filósofo alemán, la dignidad significa que la persona debe ser considerada como fin y no como medio, lo que repudia todo intento de cosificación o instrumentalización del ser humano. A partir de la idea de la naturaleza racional del ser humano, Kant concluye que la autonomía de la voluntad, entendida como facultad de determinarse por sí mismo, es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana. "Los seres —escribe (134)— cuya existencia depende de la naturaleza y no de su voluntad tienen un valor relativo como medios y por eso se llaman cosas, mientras que los seres racionales se llaman personas". De ahí que "en el reino de los fines, todo tiene un precio o una dignidad; cuando una cosa tiene un precio, puede ofrecerse en vez de ella otra como equivalente; pero cuando una cosa está por encima de todo precio, y por tanto, no permite equivalente, entonces tiene dignidad" (140).

Esta brillante construcción kantiana, relativizadas sus limitaciones y situadas en su contexto histórico (Kant, por ejemplo, no concede autonomía moral a quienes "naturalmente" no lo tenían: las mujeres y los niños, así como a quienes carecían de ella por razones sociales: los no propietarios), no halla, sin embargo, reconocimiento jurídico en el primer liberalismo, a comienzos del siglo XIX. El debut histórico del reconocimiento jurídico de la dignidad se produce más tarde como reacción a los terribles abusos del totalitarismo nazi tras la II Guerra Mundial. No es casual que los primeros textos que la mencionen sean, precisamente, el alemán y los documentos principales del nuevo orden internacional que surge tras la guerra. Pero esta idea inicial de dignidad como ámbito personal e incluso físico de respeto se irá enriqueciendo con nuevas dimensiones, como, destacadamente, la social: la dignidad de la persona implica, en este sentido, la posibilidad de desarrollar autónomamente la propia existencia, lo cual requiere que cada persona disfrute de ciertas condiciones sociales y económicas.

Todos los derechos fundamentales son concreciones o manifestaciones del reconocimiento jurídico de la dignidad, de modo que ésta, que es el ADN o código genético de aquéllos, les confiere unidad de sentido, de valor y de concordancia práctica. Cumple, en concreto, dos relevantes funciones: hermenéutica (a su luz deben interpretarse los derechos positivados en el texto constitucional; en algunos ordenamientos, como el mexicano, se denomina también principio *pro persona*) e integradora (puede operar para descubrir nuevas dimensiones de derechos ya reconocidos, o incluso para abrir el reconocimiento de "nuevos" derechos fundamentales).

No cabe ignorar, sin embargo, que el concepto de dignidad es lábil y potencialmente peligroso: puede darse la tentación *fundamentalista* de recurrir a ella "para elevar cualesquiera conflictos políticos a la categoría de cuestiones constitucionales no susceptibles de valoración ponderada" (I. Gutiérrez, 33), De "yacimiento de recursos verbales para el arbitrio judicial" habla J. Jiménez Campo (178). La construcción jurídica del concepto se ve rodeada de

tres dificultades específicas. (1ª) Es una idea axiológicamente abierta que debe compaginarse con la diversidad de valores y el pluralismo que se manifiestan en las complejas y multiéticas sociedades democráticas contemporáneas. De modo que se trata de una cláusula afectada de una "profunda ambigüedad" en relación con sus usos jurídicos concretos. Puede tener una fuerte carga emancipatoria (por ejemplo, reforzando la dimensión social de los derechos, en el caso del descubrimiento del derecho a un mínimo existencial a favor de las personas sin recursos), pero, al mismo tiempo, puede ser empleada, con formulaciones apodícticas e ideológicamente interesadas, o simplemente elevando a categoría universal, lo que no es más que una tradición o una inercia, para imponer restricciones de los derechos de libertad de individuos concretos (estableciendo una subrepticia imposición de modelos de valores dominantes que coarten el pluralismo y la diversidad). La definición de la dignidad debe hacerse de modo compatible con una Constitución que es, desde el punto de vista valorativo, plural ideológicamente. Y es que los valores en nuestras sociedades multiéticas juegan como la reina en el juego del ajedrez: hacia todas las direcciones. La idea jurídica de dignidad puede convertirse en simple ideología judicial (conservadora o progresista) con disfraz. En el campo de la bioética, las alusiones a la dignidad humana, que son frecuentes en el debate, son, sin embargo, particularmente problemáticas. No es pacífico qué se entiende por "persona" (muchos tribunales han concluido, por ejemplo, que el feto humano no lo es en términos jurídicos, pero todo esto suscita un vivo debate). Un ejemplo: en el debate sobre la legalización de la eutanasia, la dignidad se alega para justificar su prohibición, ya que su práctica constituye por sí misma un atentado a la dignidad, ya que elimina al sujeto que es soporte de esa dignidad; pero también para fundamentar la validez de la eutanasia, porque formaría parte de la dignidad el derecho a elegir el momento, lugar y modo de la propia muerte frente a terceros como una opción a respetar por formar parte del plan de vida querido por la propia persona.

(2ª) La idea de dignidad también se encuentra abierta no solo en su contenido, sino también en el tiempo. Se trata de un concepto en permanente estado de construcción. Lo que una sociedad considera "digno" e "indigno" muta en el tiempo. Es un absoluto que debe concretarse histórico-culturalmente. Lo que ayer era un tipo penal hoy puede considerarse ejercicio de un derecho fundamental (piénsese, por ejemplo, en la homosexualidad: la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de México del 16 de agosto de 2010, sobre adopción de menores por parejas homosexuales, claramente conecta la homosexualidad con el proyecto de vida y, en consecuencia, con la dignidad de la persona).

(3ª) La dignidad, a diferencia de lo que ocurre con otros bienes constitucionales fundamentales, como la libertad, la igualdad, la intimidad, etc., no se cuida de aspectos más o menos particulares de la existencia humana, sino de la cualidad que se considera inherente a todo ser humano, de modo que es el valor propio que identifica genuinamente a todo ser humano como en cuanto tal. De ahí que se trate de un concepto demasiado radical o tajante como para ser empleado rápidamente en cualquier disputa jurídica sin cerrarla de

inmediato a favor de cualquiera de las partes y en detrimento de las demás, sin posibilidad de ponderación o balance alguno.

No obstante, pese a estas dificultades teóricas, lo cierto es que el concepto de dignidad cumple relevantes funciones en todos los ordenamientos. Se trata, en efecto, de un concepto sólidamente establecido en el derecho internacional de los derechos humanos (a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos), así como en muchas Constituciones (a partir de la *Grundgesetz* alemana), que, en manos de los tribunales, es extraordinariamente fecundo para interpretar las disposiciones más conflictivas y novedosas de derechos fundamentales e, incluso, para permitir el reconocimiento de nuevos derechos o de nuevas dimensiones de derechos ya existentes. Cualquier observador atento podrá concluir que es un concepto jurídico realmente útil y no una simple promesa tan deseable como inútil, pura retórica. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha deducido de la cláusula constitucionalidad de la dignidad diversos efectos: el principio de la no instrumentalización o patrimonialización de la persona (entre otras cosas para impedir la venta de embriones humanos o de órganos humanos); el condicionamiento de la extradición al respeto por el Estado requirente de la dignidad; la conexión entre dignidad y principio de culpabilidad penal; la fijación legal de límites a la embargabilidad a fin de no sacrificar el mínimo vital del deudor; la conexión con la proporcionalidad entre el ilícito penal y su castigo, etc. De hecho, en sentido técnico, la igualdad no solo se considera un *valor* fundante, la finalidad última, el criterio de legitimidad de todo el derecho en un gran número de países, sino también un *principio* jurídico que, como mandato de optimización, permite ser empleado como criterio hermenéutico (casi siempre en relación con el criterio evolutivo de interpretación de los derechos) y como norma de integración de lagunas a falta de regla expresa aplicable. Más aún, la densificación jurídica del concepto llega a considerarlo en algunos ordenamientos, como, destacadamente, el alemán (pero también en muchos otros de Latinoamérica, casi siempre por creación judicial más que por reconocimiento expreso en la respectiva Constitución), como auténtico *derecho fundamental* inmediatamente aplicable y exigible judicialmente. La dignidad puede ser, desde el punto de vista jurídico, valor, principio y derecho fundamental.

Hasta donde se alcanza a quien esto escribe, la mejor sistematización judicial de qué sea la dignidad y qué funciones puede llegar a cumplir, desde el punto de vista jurídico, la ha formulado la Corte Constitucional colombiana en su sentencia T-881/02, del 17 de octubre de 2002 (en relación con los derechos de las personas que vivían en una zona de Cartagena de Indias que se vieron privados de ciertos servicios públicos y del suministro eléctrico). En esta sentencia se define el objeto de la dignidad a partir de tres aspectos o elementos: (1º) La dignidad como autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital propio (*vivir como se quiera*). Esta dimensión evoca la idea kantiana de dignidad inicialmente mencionada, y conecta con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. (2º) La dignidad como exigencia de ciertas condiciones materiales concretas de la existencia (*vivir bien*). Esta idea de dignidad social, que está emparentada con el derecho a la igualdad real y efectiva, ha ido siendo

acuñada, en origen, por la doctrina y jurisprudencia alemana e italiana, sobre todo, pero conoce un gran desarrollo en el constitucionalismo latino. (3º) La dignidad como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, de la integridad física y moral (*vivir sin humillaciones*). También desde este punto se conecta la idea de dignidad con el campo de la bioética y remite a las concepciones éticas y antropológicas subyacentes en cada momento.

A mi juicio, esta brillante sistematización de la Corte colombiana permite albergar la mayor parte de las dimensiones jurídicas del entendimiento contemporáneo de la dignidad en los diferentes ordenamientos. Así, por ejemplo, entre otros muchos ejemplos que podrían aducirse en causa, la idea de *dignidad como autonomía* ha permitido a la Corte Constitucional en Colombia hallar válida la despenalización del consumo de drogas (1994), ordenar la reasignación de sexo de un menor (1995) o eximir de responsabilidad penal al homicidio por piedad (1997); o a la Suprema Corte de Justicia de México, acuñar el derecho de la libre opción u orientación sexual (sentencia del 16 de agosto de 2010 en relación con la adopción de menores por parejas homosexuales); o al Tribunal Constitucional italiano considerar inválido que el legislador exija afiliación o vigile a las mujeres que ejercen la prostitución (1967) o que las autoridades actúen con desprecio respecto de los enfermos mentales en los manicomios (1968). Y, por otro lado, la idea de *dignidad social* ha permitido al Tribunal Constitucional alemán construir el conocido e influyente concepto del derecho al mínimo existencial; al Tribunal Constitucional italiano identificar un "núcleo irreductible del derecho a la salud protegido constitucionalmente" (STC 111/2001) o el derecho a la vivienda como derecho constitucional (STC 217/1988); o a la Corte Constitucional colombiana ordenar mejoras en prisiones (1992), acuñar el derecho a la pensión por parte de las personas mayores (1993) o, en muy diversas ocasiones, reconocer el derecho a todo tipo de prestaciones sanitarias.

Fernando Rey

Directivas de la interpretación constitucional

Desde la matriz de las teorías de la argumentación se sostiene —más allá de las variantes en las propuestas teóricas— que el jurista a la hora de tener que brindar la respuesta jurídica frente a un caso jurídico transita por las siguientes genéricas etapas: a) la primera es conocer la verdad de los enunciados fácticos implicados; b) la segunda es identificar en el derecho vigentes las respuestas jurídicas disponibles; c) en el tercer momento escoge la mejor o la más integralmente justa, y d) finalmente, el jurista debe brindar la justificación racional —interna y externa— que avale la elección concretada. Sin duda que es este último momento el más decisivo en orden a procurar que sea aceptada racionalmente la decisión adoptada, pues en ella aparece la capacidad del jurista para brindar —respetando todas las exigencias previstas en la lógica— las razones o argumentos válidos, suficientes, coherentes, idóneos y persuasivos que respalden al discurso y sus enunciados o premisas.

A las "directivas de la interpretación constitucional" las vamos a entender con relación a la argumentación jurídica constitucional, en tanto tiene por objeto guiar el trabajo del jurista cuando recurre a encontrar la respuesta jurídica en el material constitucional disponible, y, específicamente, ellas lo orientan en cuanto a identificar respuestas, seleccionar premisas o aducir razones o argumentos que avalen o justifiquen al discurso jurídico del cual se concluye la respuesta jurídica en cuestión. En un sentido amplio, las "directivas" entran dentro de la argumentación, aunque no coincida con toda su temática; por ejemplo, ellas no se ocupan de la nómina de argumentos, pero sí de orientar su uso.

Corresponde advertir que la adjetivación incluida de "constitucional" forma parte de la argumentación jurídica a secas, pero sirve para dotarla de ciertas características peculiares. De todas maneras, lógica y necesariamente hay que escoger inicialmente una teoría de la argumentación y luego discurrir sobre la especificidad que tiene la "constitucional"; así, por ejemplo, si en definitiva la teoría argumentativa escogida se asimila a pura persuasión o solo material "principialista", ello se reflejara en la argumentación constitucional que se postule. Por supuesto también que en la propuesta de argumentación constitucional que se formule importa qué se entiende o cómo se caracteriza a la Constitución, y sobre ella es sabido que pesan distintas definiciones

Con las obvias salvedades hechas, pasemos a la nómina de las "directivas de la interpretación constitucional", con la advertencia de que el espacio asignado obliga a un desarrollo muy sucinto, que se limitará a mencionar el terreno o problema en el que se necesita optar por una "directiva":

1. Optimizar la fuerza normativa de la Constitución: su objeto es que el jurista siempre vaya a constatar qué es lo que dice la Constitución respecto al problema que a él lo ocupa. Esa respuesta puede ser meramente negativa (brinda los márgenes para las respuestas) o positiva. En caso de duda sobre si la Constitución se pronunció o no, tiene que prevaler la primera opción (*in dubio pro constitutio*). Para poder cumplir con esta directiva se requiere de una apropiada y completa cultura constitucional, especialmente en el terreno del derecho constitucional formulado por medio de principios, derechos humanos, valores, etc., y el modo apropiado para operarlos por medio de su ponderación. También esta directiva conlleva contar con vías procesales o institucionales como para poder recurrir a buscar la respuesta jurídica en la Constitución, si aplicarla resulta más complicado que aplicar el derecho no constitucional, ello es señal de que no se está cumpliendo la directiva. La Constitución siempre, y como mínimo, es un marco para las respuestas jurídicas, aunque ello no significa que contenga a todas las respuestas jurídicas.

2. La Constitución como sistema: a los fines de la mejor operatividad del material constitucional conviene someterlo a un proceso de sistematización. El mismo exige en primer lugar la identificación del material a sistematizar; consiguientemente, hay que responder la pregunta sobre si se incluirá la jurisprudencia constitucional, la costumbre constitucional, el *ius gentium*, los derechos humanos implícitos, etc. Estará el problema de la jerarquización de lo que forma parte de la Constitución. También si se admitirán antinomias en la Constitución, y la pregunta por la completitud o la presencia de lagunas

en la misma. La sistematización incluye el esfuerzo por economizar o evitar las innecesarias redundancias. Todas esas cuestiones suponen contar con criterios para resolverlas o afrontarlas, y asimismo, definir quién asumirá la responsabilidad por esa tarea.

3. La Constitución y el resto del sistema jurídico: pero junto a la Constitución está el resto del material jurídico no constitucional que integra el sistema jurídico general, por lo que aquí también cabe desplegar un esfuerzo de sistematización para facilitar u optimizar la operatividad del derecho vigente. A los fines de dicha tarea se han consolidado algunos criterios, como los siguientes: a) expulsar o invalidar del derecho vigente a alguna regla jurídica establecida es una solución extrema, por lo que siempre hay que procurar salvarla ("la declaración de inconstitucionalidad es la *ultima ratio*"), y b) en el trabajo sistematizador y salvífico corresponde flexibilizar todas las reglas puestas en tensión, y no solo aquellas no constitucionales; de ahí el rico repertorio de sentencias constitucionales: interpretativas, aditivas, abrogatorias, orientativas, exhortativas, declaratorias de inconstitucionalidad pero manteniendo su vigencia, etc.

4. Los valores de la Constitución: si bien ésta contiene respuestas jurídicas —actuales o en potencia—, es evidente que ella también define valores fundantes de la vida social, que constituyen el *ethos* de la sociedad a la que regula. Por ende, cabe reconocer que esos valores y sus respectivos pesos impregnan y dan marco a la totalidad de las reglas jurídicas de ese peculiar derecho vigente, como a los proyectos personales e institucionales que se suscitan en toda sociedad. Ese material moral referido en los valores requiere del operador una formación en la consiguiente disciplina idónea para definirlos y operarlos; por ello, se trata de advertir que solo con saberes jurídicos aquel trabajo resultará imposible.

5. El orden político constitucional: como lo revela la misma etimología (Cicerón traduce como *constitutio* al término griego *politeia*), la Constitución siempre cumplió el papel de organizar el poder del Estado, distribuyéndolo en diferentes órganos, y procurando un equilibrio y control entre ellos. Ese orden político constitucional no es estático, sino dinámico, y, por ende, está conectado con circunstancias históricas y personales, pero es el operador judicial autoritativo de la Constitución el que tiene la responsabilidad de velar por su respeto. Sin duda que dicha tarea inexorablemente se introduce al terreno político, por lo que se requiere de conocimientos, capacidades y aptitudes propios de ese terreno diferente al estrictamente jurídico.

6. El dinamismo de la Constitución: ella, como toda obra humana, está ligada a un tiempo y espacio particular; por ende, se generan conflictos en la medida en que cambia inevitablemente la realidad en la que se proyecta o regula. Las alternativas extremas que se presentan al respecto son, mantener las respuestas jurídicas tal cual fueron dadas, sin importar los cambios de la realidad, o ir adaptándolas a la misma (originalismo o interpretativismo). Sin embargo, cabe imaginarnos y auspiciar propuestas más eclécticas, como aquellas orientadas a reconocer un núcleo pétreo o esencial que debe permanecer y que no puede ser cambiado por el operador, aunque dejándole a éste un margen para que en el plano accidental proceda a su adaptación (en esa

línea recordemos la distinción de Dworkin entre concepto y concepciones). Desde un punto de vista teórico, es clara la distinción entre cambiar o adaptar la Constitución, y sobre todo es muy claro que a los que se les ha asignado una y otra tarea son diferentes; sin embargo, en la práctica la diferencia se diluye.

7. Los precedentes constitucionales: es cierto que podríamos silenciar esta directiva en tanto reconocerla ya tratada con la directiva anterior; sin embargo, como en algún sentido se conserva la distinción entre creación y aplicación del derecho, consideramos conveniente distinguirla. Es que en un precedente constitucional la que está hablando es la misma Constitución, con todo lo que ello significa con relación a alcance, jerarquía, etc.; por ende, sus cambios no quedan ligados a los cambios en los operadores, y por ello se han formulado criterios para restringir u orientar esos cambios. Repasemos algunos de esos criterios, más allá de su solapamiento: a) en la duda no se modifica en el precedente; por ende, tiene que resultar evidente la conveniencia o necesidad de su cambio; b) los precedentes pretenden estabilidad y permanencia en el tiempo, por lo que cabe rechazar o sospechar los cambios que pretenden introducirse al precedente inmediatamente después de su consagración; c) son sospechosos los cambios que provienen de nuevas integraciones; etc.

8. El derecho pre o supraconstitucional: el actual Estado de derecho constitucional tiene plenamente asumido que los derechos humanos son reconocidos y no creados; son universales e indisponibles; por ende, su violación —al margen de quién y con qué respaldo o representación la efectúe— genera reproche y responsabilidad jurídica. Por ende, hay una especie de coto vedado jurídico que el constituyente no puede ignorar ni infringir, más allá que de razonables adaptaciones y concreciones según tiempo y espacio. Por ende, en la Constitución siempre corresponde incluir un núcleo jurídico y de racionalidad en tanto el derecho es un esfuerzo institucional con la finalidad de servir históricamente al hombre y a la sociedad.

9. Los derechos constitucionales regionales y mundial: el proceso de crisis de las soberanías nacionales y globalización necesariamente también afecta a la Constitución. Ya no hay posibilidad de autismo o "chauvinismo" jurídico, tampoco en la materia constitucional, y así, es posible constatar o esbozar ciertos derechos constitucionales regionales y hasta de alcance mundial. Un buen ejemplo de esas realidades es el derecho interamericano de los derechos humanos forjado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia y opiniones consultivas, como de la Comisión Interamericana, por medio de sus dictámenes. Conforme a esta directiva, se le impone al operador de la Constitución estar atento al derecho comparado, y especialmente a la jurisprudencia constitucional o de derechos humanos extranjera, dado que en definitiva esa realidad desborda los límites nacionales, y los problemas jurídicos son similares.

10. La legitimidad del juez constitucional: esta directiva remite a la ética del operador judicial constitucional con relación a su *auctoritas* o confianza que la sociedad y los usuarios de su servicio profesional le otorgan. En la lógica democrática, el mayor poder implica mayor responsabilidad y preocupación por legitimarse, y a tenor de los márgenes que finalmente goza el juez constitucional para el ejercicio de su discrecionalidad, es aquél un problema importante

que debe afrontarse. Por supuesto que en la doctrina se ha considerado ese déficit de la legitimidad judicial, sobre todo en su origen poco democrático, pero las propuestas para procurarla se orientan a revindicar y potenciar la idoneidad ética y argumentativa del juez constitucional. A ese respecto, entre esos requerimientos éticos es oportuno recordar la exigencia consolidada en la jurisprudencia norteamericana del *self restraint;* es que el poder del juez implica una cultura del autocontrol en aras de que las respuestas jurídicas no sean las que a él le convienen o respalda teóricamente, sino las que corresponde adoptar según el derecho constitucional vigente.

11. El fin o sentido del derecho (constitucional): en definitiva, el operador del derecho constitucional no puede perder de vista el fin para el que la sociedad ha instituido el derecho en general; más aún, dadas las características y proyecciones de aquella materia resulta potenciada dicha conexión teleológica. Desde esa perspectiva, le corresponde al operador escoger aquellas respuestas que resultan más ajustadas y conforme a la justicia y al bien común, sin olvidar la vieja enseñanza ética que "lo mejor puede ser enemigo de lo bueno", y computando en todas sus decisiones las consecuencias integrales que conllevan. Se trata de reclamarle "prudencia jurídica", y, por ende, su razón práctica tiene que proyectar en el caso las exigencias jurídicas generales, optando por aquella más beneficiosa para la sociedad, lo cual no contradice el interés individual, sino procura armonizarlo con el interés general. Puede decirse que esta directiva es una especie de macrodirectiva en el sentido de que todas las restantes son preparatorias como para que el operador acierta axiológicamente en su elección.

Rodolfo Vigo

Discriminación

Discriminación es olvido, omisión, abandono, exclusión, ideología y cultura (Rincón Gallardo, Gilberto). Definitivamente, la discriminación es todo eso y mucho más, porque no hay que olvidar que no nacemos tolerantes; se nos educa para la tolerancia desde el hogar y desde la escuela, y si la educación no es la adecuada, lo que se produce es, precisamente, el efecto contrario: un desprecio a la dignidad de los seres humanos (Bornot Crébessac, Sophie).

A partir de esa premisa, la discriminación la sufrimos desde el momento en el que no hay igualdad de oportunidades; la sufrimos incluso en los trazos urbanos, en los diseños arquitectónicos con sus barreras arquitectónicas, en el uso comercial de los avances de la tecnología, e incluso en el uso de los transportes.

En la vida cotidiana se despliegan una multiplicidad de actos de exclusión, actos discriminatorios a los que es difícil escapar, ya sea porque seamos mujeres, niños, ancianos, de una determinada étnia, estatus social, religión, nacionalidad o tengamos una preferencia sexual, por ejemplo. Por ello, por esa arbitrariedad injustificada e irrazonable, la lucha contra la discriminación se basa en la absoluta inviolabilidad de los derechos y dignidad de las personas. No obstante, hay que señalar que, en términos generales, discriminar significa separar o distinguir unas cosas de otras, un concepto que no necesariamente tiene una carga negativa.

El origen de la doctrina sobre discriminación que en nuestros días se está manejando, y más concretamente en Europa, es heredera del derecho antidiscriminatorio norteamericano (véase voz discriminación directa e indirecta).

Es importante destacar que hay una tendencia a señalar al principio de no discriminación como el opuesto a la igualdad, como obligación del Estado; no obstante, las normas internacionales no obligan al Estado a lograr una igualdad de trato hacia las personas.

A partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la cláusula de no discriminación se ha incluido prácticamente en todos los instrumentos universales de protección de los derechos humanos bien declarando la obligación de los Estados parte de un tratado solo a reconocer, garantizar o satisfacer los derechos y libertades reconocidos en el respectivo instrumento a todos sin discriminación o bien a través del establecimiento del principio general de no discriminación.

De esta manera, el primer Convenio que atiende esta definición se da en el Convenio sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación) núm. 111 de la Organización del Trabajo de 1958, que establece que "A los efectos de este Convenio, el término 'discriminación' comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efectos anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación"; posteriormente también la tenemos en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Asamblea General de Naciones Unidas (21 de diciembre de 1965) o en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

Tratando de recabar un número importante de "presentaciones" o "características" de la discriminación, podemos utilizar el último instrumento internacional enunciado, CEDAW, y así se estableció que la discriminación puede revestir distintas formas: distinción, exclusión o restricción, lo que alerta una variedad de los comportamientos discriminatorios. Asimismo, se determina que el acto discriminatorio es aquel que tenga "por objeto" o "por resultado" la violación de los derechos humanos de las mujeres; igualmente, se marca la discriminación tanto del acto discriminatorio consumado como de la tentativa a discriminar, incluso que el acto discriminatorio puede tener distintos grados, desde la parcial al "menoscabar" o total al "anular"; por último, desde la mencionada convención se determina que el acto discriminatorio puede producirse en distintas etapas en la existencia de un derecho: en el reconocimiento, el goce o el ejercicio.

Por otro lado, cabe señalar la diferencia entre discriminación legal, normativa o *de iure* y la discriminación de hecho o *de facto*.

Discriminación legal es aquella distinción basada sobre un factor prohibido que excluye, restringe o menoscaba el goce o el ejercicio de un derecho. De igual manera, esta discriminación legal se subdivide en discriminación directa —el factor prohibido es invocado explícitamente como motivo de distinción o exclusión e, inversamente, cuando se mite cumplir con obligación o medida de acción positiva impuesta legalmente— o discriminación indirecta —aque-

lla que aunque pese a que el factor de distinción explícitamente empleado es aparentemente "neutro", no existe una justificación objetiva para emplearlo en relación con la cuestión decidida, y el efecto o resultado de su empleo es el de excluir de manera desproporcionada a un grupo o colectivo— (Curtis, Christian).

Por lo que se refiere a la discriminación de hecho, ésta se caracteriza por la ausencia de expresión de un criterio para excluir, restringir o menoscabar los derechos de los miembros de un grupo determinado con un factor consciente o inconsciente con un resultado que resulta en la exclusión de los miembros de un grupo (Palacios, Patricia).

Nuria González Martín

Discriminación directa e indirecta

Cuando nos referimos a la discriminación directa e indirecta tenemos obligatoriamente que detenernos en un caso célebre, un asunto de máxima importancia en los Estados Unidos de América: el caso *United States Postal Service Board of Governors vs. Aikens,* y que dio pauta para identificar este tipo de discriminaciones. El asunto trató una denuncia presentada bajo el título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964. Aikens acusó al servicio postal de discriminación racial al negarle ascensos a diversos puestos a nivel gerencial. El circuito de D. C. decidió que podía establecer un caso de *prima facie* de discriminación, demostrando que poseía todas las calificaciones o méritos requeridos para los ascensos, y que había sido relegado en favor de candidatos blancos. El Departamento de Justicia de los Estados Unidos, representando al Servicio Postal, pidió a la Corte que estableciera que las pruebas de *prima facie* del demandante debían demostrar la "probabilidad" de discriminación. Los requisitos para el demandante, en un caso *prima facie*, eran de gran importancia práctica para los supuestos que recoge el título VII de la Ley de Derechos Civiles. Si el demandante no es capaz de establecer un caso de *prima facie*, el juicio debe iniciarse en su contra, cuando la defensa haga la moción de juicio al cierre del caso del demandante. Sin embargo, si el demandante tiene éxito en establecer un caso *prima facie*, el juicio debe iniciarse a su favor, a menos que la defensa presente evidencias de descargo satisfactorias. Así, en un caso de trato desigual, *disparate treatment*, se dice que las pruebas de los demandantes crean una "presunción refutable obligatoria" de discriminación. Esto tiene el efecto de forzar al patrón demandado a presentar pruebas para refutar la presunción de discriminación, con el riesgo de perder el caso. Así las cosas, el asunto clave que presenta el caso Aikens está relacionado con el grado de responsabilidad que debe tener el patrón de presentar evidencia o pruebas. El tribunal solicitó, en efecto, que el demandante presentara, de manera inicial, solo lo que pudiera saber, con un esfuerzo razonable, antes del juicio; es decir, que poseía todos los méritos conocidos.

Fue un caso que suscitó la polémica en cuanto a quién debe ser el responsable de la presentación de pruebas en las distintas etapas de un caso de discriminación bajo el título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964. Además, promovió que existieran dos doctrinas posibles para la interpretación del

título VII: a) la doctrina sobre el trato desigual —*disparate treatment*—, y b) la doctrina sobre el impacto desigual —d*isparate impact*—.

El *disparate treatment* —se acogen dos subdivisiones: *systemic disparate treatment* e *individual disparate treatment*, según el alcance general o individual de la práctica discriminatoria—, en el ámbito europeo es concebido como discriminación directa o intencional.

En cuanto al *disparate impact*, igualmente en el ámbito europeo, se entiende como discriminación indirecta.

En el derecho estadounidense, tanto el *disparate treatment* como el *disparate impact* descansan en dos acepciones diferentes de la igualdad: *disparate treatment* como igualdad de trato, pero entendida como prohibición de discriminación intencional, y además se aplica en casos de discriminación individual, y *disparate impact* como igualdad de oportunidades, aplicada a casos de discriminación de clases sociales.

Con los contextos americano y europeo expuestos, nos centramos en el ámbito comunitario, y así en la Unión Europa se recoge la prohibición de discriminación directa con la aprobación de la Directiva del Consejo del 9 de febrero de 1976 (76/207/CEE), en la que en su art. 2 expresa: "el principio de igualdad de trato (…) supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente (…)". Otra Directiva posterior, Directiva del Consejo, del 15 de diciembre de 1997 (97/80/CE), relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, puntualiza al respecto al expresar en art. 1.1: "a efectos de la presente Directiva se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente".

Así las cosas, se entiende por discriminación directa aquel tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, raza, etcétera (SSTC 136/1996, y 198/1996).

En esta categoría diferencia a su vez entre discriminaciones abiertas y encubiertas. Las discriminaciones abiertas son las que explícitamente marcan un trato diferenciado entre hombres y mujeres, contrario a la igualdad legalmente reconocida, por ejemplo. Las discriminaciones encubiertas son aquellas en las que pese a que el sexo no es la *causa* explícitamente alegada para establecer la diferencia de trato, constituye el *móvil* que realmente guió la actuación o comportamiento empresarial, aunque aparezca formalmente revestida bajo una causa distinta.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) situará lo que entiende por discriminación directa en el asunto Dekker, C-177/88, del 8 de noviembre de 1990. En el asunto concreto se llega a la conclusión de que el concepto de discriminación directa se caracteriza por el sometimiento a una persona a un trato diferenciado, desfavorable y perjudicial en razón de su sexo. Sin embargo, esta definición tiene su excepción en el art. 2 de la mencionada Directiva 76/207 sobre igualdad de trato en el que se señalan tres ámbitos, en los que, con carácter excepcional, el trato diferente por razón de sexo está indicado: ciertas actividades profesionales para las cuales la apariencia física o el sexo constituyen una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio; la normativa protectora

del embarazo y la maternidad, y las acciones positivas y la discriminación inversa para el fomento de la igualdad de las mujeres.

Por lo que se refiere a la discriminación indirecta, la encontramos nuevamente en el derecho antidiscriminatorio norteamericano, en la teoría del impacto adverso, o efecto adverso que se desarrolla a partir del Asunto *Griggs vs. Duke Power Company* de 1971. En el ámbito comunitario, se detalla con más detenimiento y precisión la denominada discriminación indirecta, en relación con la comentada discriminación directa. Así las cosas, por discriminación indirecta se entiende aquel tratamiento formalmente neutro, no discriminatorio o no intencionado, del que se deriva por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo (SSTC 145/1991, 147/1995).

La Directiva 97/80/CE del Consejo, del 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, dice en su artículo 2.2 "… existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica no resulte adecuada y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo".

Por su parte, el tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a través de su labor jurisprudencial —Asuntos Defrenne II (43/75), de 8 de abril de 1976, Asunto J.P. Jenkins (96/80), del 31 de marzo de 1981,l Asunto Grau-Hupka (297/93), del 13 de diciembre de 1994; Asunto Lewark (C-457/93) del 6 de febrero de 1996 y Asunto Kording (C-100/95), de 2 de octubre de 1997—, ha podido perfilar los elementos que caracteriza a la discriminación indirecta. Así, tenemos que:

— Previamente, debe delimitarse la disposición, el criterio o la práctica afectada, y que se entiende que podría ser una discriminación indirecta;

— La naturaleza de la discriminación es colectiva, en la medida en que se valora no tanto el caso individual y concreto, sino más bien el impacto adverso, que incide perjudicialmente en un grupo de individuos de determinadas características;

— El empleador debe demostrar que el criterio originador de la desigualdad no se puede justificar de manera objetiva, bien porque obedece a criterios totalmente ajenos a cualquier causa de discriminación o bien por haberse respetado el principio de proporcionalidad (Durán y Lalaguna, Paloma).

Con todos estos elementos el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas define y entiende que existe una discriminación indirecta cuando "una disposición, criterio o práctica aparentemente neutral perjudica a una proporción substancialmente mayor de los miembros de un sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica sea apropiada y necesaria y se pueda justificar por factores objetivos no relacionados con el sexo".

Como vemos, es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el que ha consagrado la prohibición de este tipo de discriminaciones indirectas, como discriminaciones no declaradas y no manifestadas literalmente, pero que pueden estar presentes en las normas, las sentencias, los actos administrativos o

las actividades privadas, no siendo directamente discriminatorias en apariencia, pero produciendo en la práctica efectos discriminatorios.

La prohibición de este tipo de discriminación ha tenido gran repercusión en el plano normativo y jurisprudencial, tanto a nivel comunitario como internacional, si bien son especialmente significativas las directivas en esta materia: DIR 75/177CEE; DIR 79/7 CEE, de 19-12-1978; DIR 86/613CEE, y por último la DIR 97/80CEE del 15 de diciembre de 1997, que define claramente este tipo de discriminación fundada en el sexo, ya sea en la jurisdicción social, administrativa o civil.

Nuria González Martín

Distrito electoral uninominal

Es la división geográfica en que se organiza el territorio de un país o región con fines electorales. Cada una de las divisiones sirve al propósito de elegir un solo individuo a un cargo de elección popular. Como la denominación indica, se trata de una demarcación con un solo nombre, por extensión solo un nombre, una persona, será la elegida en esa circunscripción o demarcación. El *Diccionario* de la Real Academia Española señala que distrito es "cada una de las demarcaciones en que se subdivide un territorio o una población para distribuir y ordenar el ejercicio de los derechos civiles y políticos, o de las funciones públicas, o de los servicios administrativos". Mientras que en otro sentido, el distrito o circunscripción se entiende como la "unidad territorial a la que se adscribe un conjunto de electores a partir de la cual se procede a la distribución de los escaños" al congreso o parlamento.

El distrito electoral uninominal tiene como contraparte terminológica al distrito electoral plurinominal, donde la pluralidad nominal indica que son varias las personas que serán elegidas para ocupar cargos de elección popular, o en estricto sentido, para representar a los habitantes de dicho distrito. De igual manera, rompe con el modelo de representación plurinominal, donde un mismo distrito, atendiendo a la variabilidad de la población, puede elegir a más de un representante.

En las elecciones que se verifican en distritos uninominales se utiliza el principio de mayoría para determinar cuál persona es la ganadora y que por tanto deberá ocupar el cargo que estaba en disputa entre las candidaturas presentadas por las diversas opciones políticas.

Dependiendo del modelo electoral y del tipo de cargo de elección, se prefiere que para sufragar todos los electores tengan domicilio en el distrito; al efecto, cada distrito se divide en secciones, que corresponden a las casillas en donde los electores depositarán su voto durante la elección. Excepciones a esta regla pueden ser la elección de una sola persona cuando exista una circunscripción nacional única, que es el caso de la elección de presidente de la República o jefe de Estado, mientras que en los Estados federales también es el caso del gobernador o jefe de gobierno de una entidad federativa, donde a pesar de no encontrarse en la sección y distrito de su domicilio, los ciudadanos podrán emitir su voto en casillas especiales, solo en lo tocante a la elección para dichos cargos.

En México, el territorio nacional se divide en 300 distritos electorales uninominales, los cuales están conformados por secciones, y se encuentran contenidos al interior de los estados, en los cuales se elige cada tres años un diputado federal por cada distrito. La demarcación de los distritos resulta de dividir la población total del país (conforme al último censo) en los trescientos distritos mencionados, sin que en ningún caso una entidad federativa pueda tener menos de dos distritos. Esto tiene que ver con el principio de igualdad en el voto, que es una derivación del principio "un hombre, un voto", que hoy se ha generalizado como "un elector, un voto". Se pretende que ningún voto de un ciudadano valga más que el de otro ciudadano.

La organización de la demarcación territorial de los distritos electorales o distritación es una tarea que corre a cargo de la autoridad administrativa electoral, en el caso mexicano del Instituto Federal Electoral, a través del Registro Federal de Electores. A partir de la reforma política de 2013, la autoridad administrativa será el Instituto Nacional Electoral. Los distritos electorales fueron fijados en número de 300 en la reforma política de 1977, cuando se amplió la representatividad de la Cámara de Diputados para incorporar la figura de diputados de representación proporcional (RP), elegidos en circunscripciones plurinominales. En la actualidad, a nivel federal, la Cámara de Diputados se integra por los 300 diputados electos en distritos uninominales y 200 diputados de representación proporcional asignados a los partidos políticos, según la votación recibida, en cinco circunscripciones electorales en que se divide el país. En el ámbito de las entidades federativas, se reproduce un esquema similar, donde el órgano Legislativo cuenta con integrantes electos en distritos uninominales e integrantes electos en una circunscripción plurinominal única.

Un caso particular es la división territorial utilizada en México para la conformación del Senado de la República. Se utiliza un modelo basado en 32 distritos, que corresponden a las treinta y dos entidades federativas, con lo cual no hay uniformidad ni geográfica ni demográfica, lo cual rompe con el principio de igualdad en el voto. La Cámara de Senadores se integra por 128 senadores, de los cuales, en cada entidad federativa, dos son electos según el principio de votación mayoritaria relativa y uno es asignado a la primera minoría. Adicionalmente, hay una circunscripción plurinominal nacional, en la cual se votan los restantes 32 senadores, mismos que se eligen por el principio de representación proporcional.

A nivel municipal, algunos modelos emplean distritos electorales uninominales para la elección de regidores, aunque esto no está generalizado aun, pues se piensa que ocasiona más problemas de los que resuelve.

En México, a nivel federal, la delimitación del territorio con fines electorales se estableció jurídicamente a partir de 1917 en la Constitución Política del país. Las demarcaciones creadas recibieron el nombre de distritos electorales, y hasta la fecha utilizan como único criterio para llevar a cabo dicha delimitación el número de población, resultante de dividir el total de la población del país entre el número total de escaños que conforman la Cámara de Diputados, teniendo en cuenta el último censo general de población. Esto se ha complementado con otros criterios, como lo son: respetar

los accidentes geográficos presentes en el territorio, la existencia de vías de comunicación entre las localidades municipales o entre los municipios (para el caso de que el distrito electoral esté formado por más de un municipio), entre otros.

La demarcación territorial para definir los distritos electorales locales; es decir, los espacios que representan cada uno de los diputados locales, es un atributo de los institutos electorales estatales, por lo cual los criterios y metodologías que se adopten para su conformación varían de un estado a otro. El número de distritos locales no coincide necesariamente con el número de distritos federales.

En la definición de los distritos electorales uninominales o plurinominales, los criterios para la delimitación territorial pueden ser de orden demográfico, administrativo, histórico y geográfico, entre otros. No obstante, es común que la delimitación responda a criterios meramente políticos.

Según el principio democrático, "un elector, un voto", cada sufragio debe tener el mismo peso. La igualdad de los votos se logra cuando cada escaño representa a la misma cantidad de habitantes o de electores, en todo el territorio electoral. Sin embargo, al carecer de referentes absolutos para estas definiciones, se han establecido rangos de variación en los criterios de representatividad, para salvaguardar el principio de igualdad del voto.

Al existir formas diversas para dividir un área en un número determinado de distritos electorales, la consecuencia lógica es que puedan resultados distintos aunque se mantenga constante la votación real; este hecho, además, ha permitido la existencia de dos tipos de abusos electorales que distorsionan o vulneran el principio de la igualdad del sufragio, y que son necesarios considerar al estudiar la distritación: el mal reparto *(malapportionment),* que se caracteriza por la delimitación de distritos con número de población distinta, y la división arbitraria de los distritos electorales *(Gerrymandering)*. En ambos casos el objetivo es favorecer a una fuerza política en particular.

El tema de la distritación ha sido motivo de revisión en los tribunales constitucionales electorales, por la posible vulneración al principio de igualdad del voto.

En este sentido, para garantizar el cumplimiento de dicho principio, la delimitación de cada uno de los distritos electorales uninominales debe cumplir con cuatro propósitos: a) que cada voto emitido tenga el mismo valor, por servir siempre para elegir un número similar de representantes; b) evitar que en la delimitación de los distritos prevalezcan motivos políticos que beneficien a un partido en especial; c) facilitar a los ciudadanos la emisión del sufragio, de forma que sea asequible el traslado al lugar de emisión del sufragio, asimismo que la autoridad no encuentre dificultades para recibir los expedientes de casilla y realizar los cómputos respectivos, y d) la homogeneidad demográfica, con lo cual se busca preservar, en la medida de lo posible, la división geográfica preestablecida de barrios, colonias, delegaciones, municipios y la integridad de comunidades rurales e indígenas.

David Cienfuegos Salgado

División de poderes

La idea de una forma mixta de gobierno a partir de fuerzas políticas divergentes tiene su origen en la antigua Grecia, y alcanza una expresión definida en la obra *El espíritu de las leyes* de Charles-Louis de Secondat, con base en lo expuesto por John Locke en el *Ensayo sobre el gobierno civil*. Es una respuesta a la desconfianza de que el Estado ejerza su poder en forma tiránica. Para evitarlo se plantea fragmentar su ejercicio en elementos diferenciados a fin de que se controlen recíprocamente e impedir que se desvíe del logro del bien común, la libertad y la razón, como fines últimos de la actividad estatal.

La trascendencia práctica de las ideas de Montesquieu puede apreciarse si se tiene en cuenta su incorporación a la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 y a la Convención Constitucional de Filadelfia de 1787, dentro del constitucionalismo norteamericano. Éstas alcanzaron su máxima expresión en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que simboliza el triunfo de la Revolución francesa en contra del poder absolutista. La Asamblea Nacional refrendó en ese documento que el presupuesto básico de una Constitución, como norma jurídica suprema, es la garantía de los derechos y la separación del poder; de aquí surgirá el concepto de Estado constitucional.

El principio de división de poderes no ha estado, sin embargo, libre de críticas. Motivadas, en mucho, porque sus detractores parecieran olvidar el contexto sociohistórico donde surgió y, sobre todo, el tipo de problemas a los que pretendió dar respuesta. Entre los autores que se han pronunciado en ese sentido destacan los siguientes: Juan Jacobo Rousseau cuestionó en el *Contrato social o principios de derecho político,* que la soberanía del pueblo es indivisible y, por ende, inalienable, en consideración de que la voluntad general lo es o no lo es; de ahí que el Ejecutivo quede sometido al Legislativo. Immanuel Kant, en la *Metafísica de las costumbres,* sostuvo que los tres poderes están coordinados entre sí, y cada uno es complemento necesario del otro; por ello, uno no puede usurpar la función del otro al cual presta su concurso. León Duguit, en la *Separación de poderes y la asamblea nacional,* difiere que sea factible la separación de los poderes, pues el ejercicio de cualquier función del Estado se traduce siempre en una orden dada o convención concluida, como un acto de voluntad o manifestación de su personalidad; implica el concurso de todos los órganos que constituyen la persona de aquél. Karl Loewestein sostiene en su *Teoría de la Constitución,* que resulta más atinada una división del poder estatal acorde con su dinámica, como la siguiente: decisión política conformadora; ejecución de la decisión política, y control político. Hans Kelsen cuestiona la pertinencia del término usado para designar la fragmentación del ejercicio del poder. En su obra *Teoría general del Estado y del derecho* sostiene que no se trata de una "división", mucho menos de una "separación". Wolfgang Hoffmann-Riem afirma que el concepto de la división de poderes es hoy en día mucho más que un mero principio de ordenamiento de la organización interna del Estado-nación. Además de que existen otros depositarios del poder, entre ellos los de carácter económico, como las empresas de dominio global, cuya influencia y poderío supera a la de algunos Estados-nación; sin olvidar que el

Estado no es solo el mayor peligro para libertad del individuo, sino también su principal garante.

Pero una de las principales críticas al concepto de división de poderes se ha enfocado a cuestionar cómo puede dividirse el ejercicio del poder estatal y no afectar a la soberanía, la cual reside en el pueblo. Ésta obedece a que los vocablos "poder" y "poderes" son indistintamente usados para denominar tanto la "potestad" como la "función" del Estado (delineada con base en la distribución material de las actividades que lleva a cabo). La redacción del art. 49 de la Constitución mexicana es acorde con esta noción funcional: "El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial". Jorge Fernández Ruiz señala que las funciones esenciales o primarias que lleva a cabo el Estado para atender el interés público deben ser adicionadas mediante otras que denomina "funciones emergentes", entre ellas la fiscalizadora o de control, la electoral, de regulación monetaria y registral.

Si se considera a la "división de poderes" como un principio abstracto, más que como un valor, cuya justificación reside en que está orientado a preservar una esfera de libertades básicas del individuo, hoy en día amenazada no solo por el Estado, sino cada vez en mayor medida por los llamados "poderes fácticos", puede concluirse que el principio de la división del poder o separación de poderes no ha perdido trascendencia, sin negar la necesidad de robustecer su conceptualización para adecuarlo a nuevos desafíos, inexistentes cuando fue concebido por pensadores de la talla de Montesquieu y de John Locke. De ahí que autores más actuales expliquen la "actividad estatal" en consideración de las relaciones entre sus órganos e incluso de la forma en que éstos lo hacen con los "nuevos poderes".

Eréndira Salgado

Doctrina de la sustitución constitucional

De acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*, la acción de "sustituir" consiste en poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa, por lo que hablar de *sustitución constitucional* será la acción por la cual se cambia una Constitución por otra diferente.

Partiendo de tal concepto y de la identificación de un núcleo intangible existente en toda Constitución (*elemento primordial o parte central e inalterable de la Constitución, a la que se van agregando otros elementos para formar un todo: el texto constitucional*), resulta incuestionable afirmar que no es lo mismo la *Constitución* (no necesariamente escrita) que las *leyes constitucionales* (normas que concretan la positivización de la *Constitución*), toda vez que la Constitución se hace consistir de esas decisiones políticas fundamentales, mientras que las leyes constitucionales solo tienen por objeto concretar dichas decisiones. De todo lo anterior, y partiendo de la distinción entre *Constitución* y *leyes constitucionales*, debe afirmarse que el órgano revisor de la Constitución solo tiene competencia para reformar las leyes constitucionales, no así la Constitución, ya que ningún poder constituido puede alterar las decisiones políticas fundamentales adoptadas por el Constituyente.

Bajo este tenor, la Corte Constitucional de Colombia, órgano facultado en aquel país para ejercer el control formal a las reformas constitucionales, ha formulado una doctrina jurisprudencial denominada doctrina de la sustitución constitucional, señalando que "…para saber si el poder de reforma [constitucional] incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad (…) Por ejemplo no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social, y democrático de derecho con forma republicana (…) por un Estado totalitario, por una dictadura o una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue reemplazada por una diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma".

Así, vemos cómo la Corte de aquel país intenta proteger aquellas decisiones que son propias del pueblo colombiano, y que por ello solo deben mantenerse inalterables en esa nación. Evidentemente, si quisiéramos construir este mismo argumento en otras latitudes, deberemos, en primer lugar, conocer cuáles son las decisiones políticas fundamentales de tales naciones. Así, por ejemplo, en Inglaterra, Suecia, Dinamarca o Bélgica, países europeos de una tradición monárquica fuertemente arraigada, sería ilusorio pretender aplicar el mismo argumento. En todo caso, lo que ahí deberá decirse es que *no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir la Monarquía constitucional y con forma parlamentaria, por un Estado republicano, pues ello implicaría que las Constituciones de tales países fueran reemplazadas.*

En conclusión, la *doctrina de la sustitución constitucional* es una construcción argumentativa, según la cual "la competencia del órgano que realiza la reforma, es un problema de procedimiento. [La] proyección de los problemas de competencia, tanto sobre los vicios de procedimiento como sobre los vicios de contenido material, es clara, y por ello tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado, de manera reiterada, que la competencia es un presupuesto ineludible del procedimiento, a tal punto que el procedimiento está siempre viciado si el órgano que dicta un acto jurídico carece de competencia, por más de que su actuación, en lo que al trámite se refiere, haya sido impecable (…) Cuando la Constitución adjudica a la Corte el control de los vicios de procedimiento en la formación de una reforma constitucional en general, y de una ley que convoca un referendo en particular, no sólo le atribuye el conocimiento de la regularidad del trámite como tal, sino que también le confiere competencia para que examine si el Constituyente derivado, al ejercer el poder de reforma, incurrió o no en un vicio de competencia" (Corte Constitucional, sentencia C-551 de 2003).

De esta forma, al ser la competencia con la que actúan las autoridades una de las partes esenciales de todo control formal, aquellos tribunales constitucionales que se encuentren solo facultados para revisar formalmente las enmiendas a la Constitución podrían revisar el contenido de tales enmiendas, en el entendido de que si el poder de reforma altera contenidos del núcleo intangible de la Constitución, incurría en un vicio de competencia, ante lo cual el juez constitucional debe analizar si la Constitución fue o no sustituida por

otra, siendo necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, así como aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad.

Pensarlo de otra manera —ha sostenido la Corte colombiana— sería tanto como atribuirle la competencia al Poder constituyente permanente de, por ejemplo, sustituir el Estado social y democrático de derecho con forma republicana, por un Estado totalitario, por una dictadura o una monarquía, lo que sin duda no es parte de su competencia, debido a que ello significaría reemplazar la Constitución vigente por una diferente.

Ahora bien, pese a la duda o temor que pudieran causar esquemas de control similares, es importante hacer notar que la Corte Constitucional de Colombia, aún y cuando haya diseñado la *doctrina de la sustitución constitucional,* ha conocido de 16 casos en los que se han formulado cargos por sustitución de la Constitución. Cajas Sarria refiere que "en todas las acciones promovidas (…) ha advertido falencias en la formulación del cargo por sustitución, y en las últimas sentencias, sobre la reelección, no encontró probado este cargo. [Así] el balance jurisprudencial indica que la Corte ha optado por una auto restricción judicial para preservar las decisiones mayoritarias del Congreso".

Francisco Vázquez Gómez Bisogno

Doppia pronuncia

Con el vocablo *doppia pronuncia* se hace referencia al "doble carácter" que pueden tener las sentencias interpretativas: uno explícito, que establece la constitucionalidad de cierta norma o interpretación derivada de un texto normativo (sentencia interpretativa desestimatoria), y otro implícito, que declara la inconstitucionalidad de otra norma o interpretación deducida del mismo texto (sentencia interpretativa estimatoria). En este tipo de pronunciamientos "mixtos" queda a la sombra precisamente el que declara la inconstitucionalidad, pues no aparece reflejado en ningún punto resolutivo de la sentencia. Esta situación, de hecho, representa uno de los principales problemas de la *doppia pronuncia*, ya que no está claro si al pronunciamiento implícito es posible darle los mismos efectos de un pronunciamiento expreso de inconstitucionalidad.

En relación con esta problemática se han dado diferentes soluciones en los sistemas de control de constitucionalidad. En algunos de ellos se considera que tanto la norma declarada válida como aquella inválida se debe precisar en la parte dispositiva, ya que la interpretación no formalizada únicamente vale como sugerencia autorizada, pero jurídicamente no es vinculante. En otros se enfatiza que es frecuente que se den casos en los que la interpretación, implícitamente declarada inconstitucional, no vincule ni a los jueces ordinarios ni al juez que propuso la cuestión ante el órgano de control constitucional. Para evitar toda esta incertidumbre, los tribunales constitucionales se han visto en la necesidad de preferir utilizar sentencias interpretativas estimatorias, de tal manera que el pronunciamiento que antes era implícito con relación a la declaración de inconstitucionalidad, ahora es expreso.

Desde esta perspectiva, se puede afirmar que todas las sentencias interpretativas, con independencia de que formalmente sean estimatorias o deses-

timatorias, materialmente son estimatorias en el sentido más estricto, pues entienden que al menos una entre las varias interpretaciones posibles de un texto legal (o incluso, todas menos una), es inconstitucional; o bien, en un sentido amplio, consideran que parte del contenido normativo, derivado alternativa (sentencias interpretativas) o conjuntamente (sentencias manipulativas) de la disposición impugnada, es contraria a la Constitución; o incluso, al señalar que la ley no es inconstitucional si se le interpreta de una determinada forma, solo puede significar que la misma es contraria a la Constitución en cualquier otro sentido.

Giovanni A. Figueroa Mejía



E



Efectos abrogativos de las sentencias

El principal elemento que define la existencia de una jurisdicción constitucional, y una de las garantías de la supremacía constitucional, consiste en el poder de emitir sentencias que abroguen preceptos legales si se aprecia la existencia de una contradicción entre el precepto legal y la Constitución. Los efectos abrogativos de las sentencias dictadas por una jurisdicción constitucional se expresan con diversas consecuencias según el modelo de jurisdicción constitucional, la regulación legislativa y la tradición jurisprudencial de cada sistema constitucional en particular.

La consecuencia más frecuente en el modelo de jurisdicción constitucional concentrada en el que un tribunal constitucional ostenta el monopolio de rechazo de normas legales es la nulidad con efectos generales de la norma declarada inconstitucional. La norma legal estimada inconstitucional es expulsada del ordenamiento jurídico y en algunos modelos (véase efectos constitutivos de las sentencias), además de prohibir su aplicación en el futuro, se entienden nulos los efectos de la norma aplicada en el pasado. Normalmente, el principio de seguridad jurídica impone algunos límites a la nulidad asociada a la declaración de inconstitucionalidad de la ley, como es la prohibición de reapertura de los procedimientos en los que se haya aplicado la ley declarada inconstitucional y sobre los que haya recaído sentencia firme (aunque este límite, en los distintos sistemas que establecen la regla general de los efectos *ex tunc* de las sentencias de inconstitucionalidad, no se contempla cuando se trata de procedimientos penales o sancionadores administrativos, de modo que, aunque haya recaído sentencia firme en aplicación de una ley inconstitucional, la declaración de inconstitucionalidad y la nulidad de una norma penal o de derecho administrativo sancionador sí impone la revisión de la causa).

La nulidad o abrogación de la ley puede implicar la existencia de un vacío jurídico hasta que el legislador no proceda a la aprobación de una nueva regulación constitucional. En ocasiones, las distintas normativas de derecho procesal constitucional o las reglas jurisprudenciales contemplan la posibilidad de diferir la nulidad del precepto declarado inconstitucional hasta que el legislador no haya actuado con el fin de evitar posibles consecuencias inconstitucionales o alteraciones al principio de seguridad jurídica derivadas de la laguna (ello sucede con especial frecuencia cuando se advierte una lesión al principio de igualdad y se requiere una actuación del legislador para extender o suprimir el beneficio o la carga considerados discriminatorios). Otra solución, excepcionalmente invocada en algún sistema (aunque generalmente rechazada ya que implica un excesivo intervencionismo por parte de la jurisdicción constitucional) consiste en restablecer la vigencia de la regulación legislativa derogada por la ley declarada inconstitucional.

Incluso en los sistemas de control de constitucionalidad concentrado se admiten ciertos grados de control difuso (al menos desde la perspectiva teórica) en lo que incumbe a la legislación anterior a la aprobación de la Constitución. Ello significa que la disposición preconstitucional estimada contraria a la Constitución por un juez o magistrado se considera derogada con la entrada en vigor de la norma suprema con la consecuencia de la inaplicación

del precepto legal preconstitucional sin necesidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad.

La consecuencia de la inaplicación de la norma legal estimada inconstitucional es característica de los modelos de control de constitucionalidad difuso, especialmente los vinculados al *Common Law*, en los que el sistema se unifica a través de la regla del precedente.

En los sistemas mixtos o difusos con elementos de concentración, la sentencia por la que se estima la inconstitucionalidad del precepto por parte de la jurisdicción constitucional también conlleva, generalmente, la nulidad o abrogación del precepto legal con efectos generales.

Héctor López Bofill

Efectos constitutivos de las sentencias

En el marco de la jurisdicción constitucional y de los procesos de constitucionalidad, la cuestión del efecto constitutivo de las sentencias suele asociarse a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y, en particular, en los modelos de control de constitucionalidad concentrado de la ley, a los efectos de la nulidad derivada de la declaración de inconstitucionalidad. Así, en los sistemas en los que la nulidad de la disposición legislativa tiene carácter *ex nunc*, esto es, la nulidad produce sus efectos a partir del pronunciamiento y de la notificación o publicación del fallo hacia el futuro (sin afectar a situaciones anteriores producidas al amparo del precepto en cuestión), se entiende que la sentencia de la jurisdicción constitucional tiene un carácter constitutivo. En cambio, si los efectos del fallo de inconstitucionalidad se proyectan como regla general hacia el periodo anterior al pronunciamiento de la jurisdicción constitucional (efectos *ex tunc*) se considera que la decisión del órgano judicial no crea una situación jurídica nueva sino que se limita a declarar una incompatibilidad ya existente en el ordenamiento jurídico.

En relación con los efectos *ex tunc* o *ex nunc* de las sentencias estimatorias sobre la inconstitucionalidad de la ley conviven una heterogeneidad de situaciones tanto entre los tribunales Constitucionales europeos como en los sudamericanos. Así, en Europa, en el caso de los tribunales constitucionales de Austria, Croacia, Eslovenia, Polonia y Rumanía, los efectos de la nulidad establecida en la sentencia por la que se estima la incompatibilidad entre la ley enjuiciada y la respectiva Constitución suelen ser *ex nunc*. En cambio, en Alemania, Bélgica, España y Portugal, la regla general viene determinada por los efectos *ex tunc*. En el ámbito sudamericano, los fallos del Tribunal Constitucional ecuatoriano son de carácter constitutivo con efectos *ex nunc* y, por regla general, también las sentencias que profiere la Corte Constitucional colombiana tienen efectos hacia el futuro, aunque se admiten excepciones. Se contemplan, limitadamente, los efectos *ex tunc* de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano e implícitamente parecen reconocerse también ciertos efectos hacia el pasado en las sentencias del Tribunal Constitucional chileno.

En lo que atañe a los efectos constitutivos de las sentencias de constitucionalidad recaídas en otro tipo de procesos, más allá de los relativos al control de constitucionalidad de la ley, parece haber consenso respecto a que en las

sentencias de los recursos de amparo y en aquellas que resuelven litigios entre poderes (territoriales o centrales), el fallo de constitucionalidad no es constitutivo ni del derecho fundamental (en el caso del recurso de amparo) ni de la competencia reivindicada (en el caso de los conflictos entre poderes). En el ámbito del recurso de amparo y en algunos sistemas, sin embargo, pueden considerarse constitutivos algunos efectos contenidos en el fallo de la sentencia de la jurisdicción constitucional destinados a restablecer al recurrente en la integridad de su derecho.

En los modelos de control de constitucionalidad difuso, la circunstancia de que la consecuencia de la estimación de las alegaciones en torno a la inconstitucionalidad de la ley se circunscriban a la interpretación del precepto legal aplicada al caso concreto (y que, por tanto, la disposición continúe formando parte del derecho vigente bajo otros casos diferentes u otras interpretaciones) aleja la sentencia que aborde un vicio de inconstitucionalidad de la ley de un carácter constitutivo.

Héctor López Bofill

Efectos de las sentencias desestimatorias

En los procesos de control de constitucionalidad de normas generales y, en particular, en los procesos de control de constitucionalidad de la ley, la regla general en los modelos de control de constitucionalidad concentrado o difuso con elementos de concentración consiste en que el precepto legislativo se mantiene en el ordenamiento jurídico con plenos efectos. Con todo, en algunos sistemas (véase decisiones interpretativas) existe la posibilidad de que una decisión formalmente desestimatoria incluya una decisión interpretativa, esto es, la declaración de constitucionalidad del precepto examinado bajo la condición de una interpretación constitucionalmente conforme del mismo establecida por la jurisdicción constitucional. Otra variable consiste en desestimar el correspondiente recurso mediante una decisión formalmente desestimatoria en la que se declara la constitucionalidad del precepto pero bajo la prohibición de que se aplique según una determinada interpretación enunciada por la jurisdicción constitucional. En ocasiones, esta opción, basada en el rechazo de una interpretación, adquiere el carácter de sentencia estimatoria aunque no se produzca la declaración de inconstitucionalidad del precepto ni de nulidad.

Si una sentencia desestimatoria incluye una decisión interpretativa, el contenido de la misma suele vincular, en algunos modelos, a la aplicación de la ley que deben practicar los jueces y magistrados del Poder Judicial. En los sistemas de control de constitucionalidad difuso, la sentencia desestimatoria sobre los aspectos de constitucionalidad no excluye la estimación del recurso en relación con otros aspectos del ordenamiento jurídico. De hecho, en algunos ejemplos, como en el norteamericano, la resolución del recurso mediante una interpretación de la ley que evite el debate sobre la interpretación de la Constitución es una regla jurisprudencial (*avoidance doctrine*) que puede significar la estimación por razones de legalidad y la desestimación en aspectos constitucionales.

En los procesos de tutela de derechos mediante recurso de amparo, que puede articularse como procedimiento específico en un modelo de jurisdicción constitucional concentrada o difuso con elementos de concentración, la sentencia desestimatoria implica que el órgano jurisdiccional (sea jurisdicción constitucional u ordinaria) no ha apreciado la vulneración del derecho fundamental alegado por parte de la norma u acto del poder público examinado. No obstante, especialmente en el modelo de jurisdicción constitucional concentrado, las consideraciones de la jurisdicción constitucional sobre una ley cuya aplicación haya dado cobertura al acto impugnado por supuesta vulneración de derechos pueden tener, también en el recurso de amparo, alguna relevancia interpretativa que condicione la posterior aplicación de la ley por parte de la jurisdicción ordinaria.

Tanto en los recursos de impugnación de preceptos legales como en los recursos de amparo en los procesos de tutela de derechos, en el caso de los modelos de jurisdicción constitucional concentrada, las sentencias desestimatorias tienen efecto de cosa juzgada y son publicadas en los boletines oficiales de los respectivos estados.

Las sentencias recaídas en procedimientos de control de constitucionalidad de disposiciones legales tienen efectos generales. Algún tipo de procedimiento, según lo establecido en la normativa procesal constitucional de varios estados, no puede volver a activarse cuando ha recaído una sentencia desestimatoria relativa a la impugnación de un precepto legal si la ulterior cuestión se funda en la misma infracción del precepto constitucional (así sucede, por ejemplo, en las sentencias desestimatorias de recursos de inconstitucionalidad).

Héctor López Bofill

Efectos de las sentencias estimatorias

En los modelos de control de constitucionalidad concentrado y, en particular, en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes, el efecto de la sentencia estimatoria habitual en la mayoría de dichos sistemas es el de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos legales impugnados. Las sentencias estimatorias tienen valor de cosa juzgada, se publican en el boletín oficial, vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales. La nulidad con efectos generales contenida en las sentencias estimatorias es la expresión del papel de “legislador negativo” con el que Hans Kelsen, el jurista que concibió el control de constitucionalidad concentrado, calificó la tarea de la jurisdicción constitucional. La nulidad del precepto enjuiciado consignada en la sentencia estimatoria (véase efectos abrogativos de las sentencias) significa que la disposición legal estimada inconstitucional es expulsada del ordenamiento jurídico y, además de prohibir su aplicación en el futuro, se entienden nulos los efectos de la norma aplicada en el pasado. Normalmente, el principio de seguridad jurídica impone algunos límites a la nulidad asociada a la declaración de inconstitucionalidad de la ley, como es la prohibición de reapertura de los procedimientos en los que se haya aplicado la ley declarada inconstitucional y sobre los que haya recaído sentencia firme (aunque este límite en los distintos sistemas no se contempla en el caso de los

procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción, o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad).

La nulidad o abrogación de la ley puede implicar la existencia de un vacío jurídico hasta que el legislador no proceda a la aprobación de una nueva regulación constitucional. En ocasiones, las distintas normativas de derecho procesal constitucional o las reglas jurisprudenciales contemplan medidas de gestión de la nulidad como, por ejemplo, la posibilidad de diferir la expulsión del precepto declarado inconstitucional del ordenamiento jurídico por un periodo determinado, facilitando que en ese lapso actúe el legislador mediante la aprobación de una legislación adecuada a los mandatos constitucionales. En algunos supuestos, la resolución de un procedimiento de control de constitucionalidad de la ley a través de una decisión interpretativa (véase la voz "Decisiones interpretativas") también puede adquirir la forma de sentencia estimatoria, especialmente si se trata de una resolución en la que se rechaza una interpretación del precepto enjuiciado por considerarse inconstitucional. Suelen adquirir, asimismo, el carácter de estimatorias las resoluciones que introducen significados normativos mediante interpolación de texto que se añade al precepto legislativo, como sucede en las llamadas sentencias aditivas.

En los modelos de control de constitucionalidad difuso, las sentencias estimatorias en las que se aprecia la inconstitucionalidad de la ley suponen la inaplicación del precepto estimado inconstitucional al caso concreto. El sistema se unifica mediante la regla del precedente, de forma que las consideraciones sobre la inconstitucionalidad de la ley en circunstancias similares de aplicación deben, en principio, contemplarse por los órganos judiciales inferiores, por los órganos judiciales del mismo rango y por el mismo órgano judicial en el futuro. En este sentido, la estimación de la alegación de inconstitucionalidad en los modelos de control de constitucionalidad difuso no afecta al enunciado legal sino a la interpretación y aplicación que de él se ha hecho en el caso concreto. La apreciación de la incompatibilidad entre la norma legal y la norma constitucional solo tiene efectos *erga omnes* en cuanto se trata de aplicaciones que pueden ser consideradas iguales por la ausencia de elementos diferenciales relevantes. Esta limitación hace posible la subsistencia, como derecho vigente, del enunciado del que se hizo derivar la interpretación considerada inconstitucional, pero el mismo precepto legal, aplicado a casos distintos o interpretado de forma distinta puede adecuarse a los mandatos constitucionales. Por ello, la declaración de invalidez solo beneficia a quien ha sido parte en el proceso, de modo que se requiere buscar, en cada caso, la protección judicial para impedir la eficacia del precepto legal.

En los modelos de control de constitucionalidad concentrado, en los que se prevé el recurso de amparo de tutela de derechos fundamentales, las sentencias estimatorias suelen contener una declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución del poder público que han lesionado el derecho fundamental, un reconocimiento del derecho infringido y las medidas dirigidas a restablecer al recurrente en la integridad del derecho violado o, en su caso, a asegurar la conservación del mismo. La sentencia dictada en amparo no se

ocupa de aspectos de legalidad ordinaria que desborden el examen sobre la supuesta infracción del derecho alegado. Dichas resoluciones tienen valor de cosa juzgada y, en principio, no extienden sus efectos más allá de las partes, aunque la interpretación del derecho constitucional invocado realizada por la jurisdicción constitucional vincula a la jurisdicción ordinaria así como la interpretación de la ley conforme a la Constitución que pueda inferirse de los fundamentos de una decisión de amparo.

En distintos estados políticamente descentralizados, la jurisdicción constitucional también dicta sentencias en litigios que enfrentan a los entes territoriales con el Estado central o a los entes territoriales entre ellos que, en el caso de ser estimatorias, suelen establecer, a quien le corresponde, la titularidad de la competencia controvertida y la anulación del acto considerado invasivo de las competencias reconocidas al ente recurrente. La misma estructura de sentencia estimatoria se sigue en las resoluciones que ponen fin a los conflictos entre poderes del Estado cuyo examen también es atribuido por distintas Constituciones a la jurisdicción constitucional.

Héctor López Bofill

Efectos declarativos de las sentencias

Las sentencias emitidas por las jurisdicciones constitucionales tienen un carácter eminentemente declarativo en la medida en que no crean una situación jurídica sino que constatan la presencia de un contenido normativo (el mandato constitucional) vulnerado por un contenido normativo de rango inferior (el mandato legal o incluso la norma de un precepto de rango infralegal). De ahí que, en la mayoría de sistemas de control de constitucionalidad concentrado, la misma legislación procesal constitucional califique de "declarativa" la decisión sobre la inconstitucionalidad de la norma. Ello también sucede, en aquellos modelos en los que se prevé un específico procedimiento de tutela de derechos ante la jurisdicción constitucional, en la apreciación sobre la vulneración o no de un derecho fundamental contenida en el fallo. En ese caso, la decisión judicial no constituye la atribución del derecho al recurrente sino que el órgano judicial "declara" si el derecho contenido en la norma constitucional, en su dimensión subjetiva, ha sido o no infringido. En los procedimientos de control de constitucionalidad de las leyes, sin embargo, el carácter declarativo de la decisión convive con una cierta idea asociada a los efectos constitutivos en el supuesto en el que la constatación de la incompatibilidad entre la Constitución y el precepto legal examinado solo tenga consecuencias *ex nunc*, es decir, desde el pronunciamiento, notificación y publicación del fallo hacia el futuro (véase efectos constitutivos de las sentencias). Por el contrario, la retroactividad de la decisión de inconstitucionalidad hacia el pasado (la nulidad con efectos *ex tunc*) parece aproximarse a la idea declarativa del juicio de inconstitucionalidad por la que el precepto inconstitucional nunca ha producido efectos y la jurisdicción constitucional se ha limitado a constatar una incompatibilidad preexistente entre la norma legal y el mandato constitucional. Dicha circunstancia, no obstante, como ha sido subrayado por algún sector doctrinal, contrasta con el principio de presunción de consti-

tucionalidad de las leyes (del que se derivaría que hasta que la jurisdicción constitucional argumente lo contrario un precepto legal es válido y produce plenos efectos) y con la observación por la que en la realidad ningún sistema admite una retroactividad ilimitada del fallo anulatorio. Así, pese a las afirmaciones retóricas de algunas jurisdicciones constitucionales que ofrecen una visión del vicio de inconstitucionalidad como vicio "originario" (*Quid nullum est, nullum producit effectum*), lo común es que la irradiación hacia el pasado de los pronunciamientos de inconstitucionalidad se encuentre limitada y dependa de las apreciaciones de la jurisdicción constitucional que complementan la declaración de inconstitucionalidad.

En los sistemas de control de constitucionalidad difuso, en los que la consecuencia del juicio de inconstitucionalidad es la inaplicación del precepto legal en el caso concreto (y ante la ausencia de nulidad de la ley con efectos *erga omnes*), se considera que la decisión de constitucionalidad tiene efectos declarativos, máxime cuando el objeto del juicio de constitucionalidad no es el precepto legal sino la interpretación que del mismo se realiza en circunstancias concretas y teniendo en cuenta que dicha disposición, pese a la apreciación de la inconstitucionalidad, permanece en el derecho vigente si se aplica a casos distintos o bajo otra interpretación que pueda ser acorde con la Constitución.

Héctor López Bofill

Efectos *ex nunc*

La expresión "efectos *ex nunc*" (palabra latina que significa "efectos desde ahora") alude a los efectos no retroactivos de una normativa o acto jurídico. Así las cosas, la decisión que posea esos efectos se aplicará hacia adelante en el tiempo, tomando como referencia la fecha de la misma o la de su publicación. Las situaciones nacidas con anterioridad a tal fecha se regirán por la normativa o acto vigente en el momento de ese nacimiento.

En el ámbito del derecho procesal constitucional, sobre todo en los sistemas de control sucesivo, una cuestión de la máxima relevancia es la eficacia temporal de las decisiones, sobre todo de las sentencias. Dicha eficacia temporal se traduce técnicamente en efectos *ex nunc*, si la sentencia es irretroactiva, o efectos *ex tunc*, si la misma es retroactiva. Esta cuestión ha sido debatida doctrinalmente, sin llegar a una postura común, como lo demuestra el derecho comparado, en el que hay ejemplos diversos de ambos efectos. Sin embargo, como reflejamos en el comentario de la voz de los efectos *ex tunc*, entendemos que técnicamente la declaración de inconstitucionalidad de una ley debe tener efectos retroactivos, los propios de la nulidad.

De cualquier forma, Kelsen defendió un esquema en el que los efectos eran *ex nunc*, o sea, irretroactivos. La razón de ello era la configuración del tribunal constitucional como legislador negativo, configuración superada en la actualidad.

Para este autor, el tribunal constitucional, que monopoliza el control de constitucionalidad de las leyes, no es realmente un tribunal ya que no aplica normas a hechos concretos, sino un legislador negativo, porque analiza la compatibilidad lógica entre dos normas abstractas (Constitución y ley), y

cuya actividad está absolutamente determinada por la carta magna. El juez constitucional actúa sobre la ley misma y no sobre su aplicación en un litigio determinado. A él le corresponde eliminar la ley incompatible con la Constitución, y al hacerlo pone de manifiesto la incompetencia en la que ha incurrido el legislador al intentar ocupar el lugar del poder constituyente. El tribunal constitucional es un "guardagujas" que indica que la vía correcta que debía haberse seguido para introducir la norma era la constitucional y no la legislativa, o sea, que debía haberse procedido a una reforma de la Constitución para incorporar esa norma al ordenamiento.

La eliminación de la ley inconstitucional tiene, en Kelsen, efectos *ex nunc* (irretroactivos) y *erga omnes* (frente a todos), que son los propios de la actuación del legislador y de la abrogación. En este sentido, dicho jurista afirmaba que "la anulación de la ley tiene el mismo carácter de generalidad que su elaboración, no siendo más que la elaboración con signo negativo" (Kelsen, 1928). Por lo tanto, la ley inconstitucional recibe la sanción de anulabilidad, que es irretroactiva, en consecuencia lógica con la naturaleza de legislador negativo. Y la derogación opera, como es sabido, *ad futurum*. Todos los proyectos, de Kelsen, de Constitución para la Austria de la Primera posguerra, que serán la base el proyecto oficial, prevén estos efectos *ex nunc* para las declaraciones de inconstitucionalidad. La sentencia que declara la inconstitucionalidad será, por ello, constitutiva. De esta forma, trataba de huir de los riesgos de un gobierno de jueces, que en la época del jurista austríaco podía venir favorecido por ciertos postulados en boga en algunos ambientes como los de la Escuela de Derecho Libre, que trataban de relajar el sometimiento de los jueces a la ley.

Estos planteamientos se plasmarán en la Constitución austríaca de 1920 y en la checoslovaca del mismo año, gracias a las cuales la construcción teórica señalada encontrará, casi de inmediato, aportaciones de la práctica. Asimismo, la influencia en la configuración del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución española de 1931 también es evidente.

A pesar de que, superado Kelsen y, como ya dijimos, lo más correcto desde un punto de vista técnico es el efecto retroactivo para la declaración de inconstitucionalidad, no existe unanimidad en este sentido. De esta forma, en diversos ordenamientos el efecto general de esta declaración es la irretroactividad. En Europa nos referimos a Albania, Austria, Chipre, Croacia, Eslovenia, Grecia, Macedonia, Moldavia, Polonia y Rumania (en este caso, tanto para las sentencias estimatorias como desestimatorias). No obstante, en Grecia, el art. 51 de la ley que regula el Tribunal Especial Superior habilita a éste a dotar de retroactividad su decisión de inconstitucionalidad, al tiempo que permite la introducción de demandas destinadas a revisar sentencias firmes. Además, la administración está obligada a retirar los actos administrativos tomados con base en la ley ilegítima. De igual forma, los arts. 139.6 y 140.7 de la Constitución austríaca también posibilitan a su Tribunal Constitucional a decretar la retroactividad. Asimismo, el art. 132.2 de la carta magna albanesa permite al Tribunal Constitucional fijar la fecha en la que la decisión de inconstitucionalidad adquirirá fuerza.

Incluso, en América la opción más generalizada es la de los efectos *ex nunc*. Así, en Guatemala, ante la declaración de inconstitucionalidad, la nor-

ma afectada dejará de surtir efecto desde el día siguiente a la publicación del fallo en el *Diario Oficial* (art. 140 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad). En Honduras también hay que interpretar este efecto ya que se habla de la derogación de la ley inconstitucional (art. 185 de su Constitución). En México, la declaración de invalidez en las controversias constitucionales y en las acciones de inconstitucionalidad "no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal" (art. 105 de la Constitución mexicana). En Perú, la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de una norma legal "no tiene efecto retroactivo" (arts. 204 de la Constitución peruana y 81 de su Código Procesal Constitucional). En fin, en la República Dominicana, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma produce efectos "para el porvenir", aunque el Tribunal Constitucional puede "reconocer y graduar excepcionalmente, de modo retroactivo, los efectos de sus decisiones" (art. 48 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales).

José Julio Fernández Rodríguez

Efectos *ex tunc*

La expresión "efectos *ex tunc*" (locución latina que significa "efectos desde entonces") alude a los efectos retroactivos de una normativa o acto jurídico. Así las cosas, la decisión que posea esos efectos se aplicará hacia atrás en el tiempo, tomando como referencia la fecha de la misma. Las situaciones nacidas con anterioridad a esa fecha y todavía no cerradas se regirán por esa disposición o acto retroactivo, y no por la disposición o acto vigente en el momento de ese nacimiento.

Como dijimos en la voz anterior, en el ámbito del derecho procesal constitucional, una cuestión de la máxima relevancia es la eficacia temporal de las decisiones, sobre todo de las sentencias. Dicha eficacia temporal se traduce técnicamente en efectos *ex nunc*, si la sentencia es irretroactiva, o efectos *ex tunc*, si la misma es retroactiva. Se trata de una cuestión en la que la doctrina se ha mostrado discrepante, y el derecho comparado también, dado que acoge ejemplos diversos de ambas opciones.

De todos modos, a nuestro entender y desde un punto de vista teórico, en el control de constitucionalidad de la ley por parte de un tribunal constitucional parece que la solución más acertada respecto de la decisión estimatoria de la inconstitucionalidad son los efectos *ex tunc* o retroactivos. La sanción de nulidad de la norma contraria a la carta magna entraña la expulsión de esa disposición con efectos retroactivos (si los efectos fueran irretroactivos habría que hablar más bien de anulabilidad, no de nulidad). La ley inconstitucional incurre en un vicio sumamente grave, el mayor vicio que puede contener una norma: ser contraria a la *lex superior* que objetiva la soberanía del pueblo. Por ello, el vicio de inconstitucionalidad debe ser castigado con la mayor sanción posible, la nulidad y sus consiguientes efectos retroactivos. Es necesario eliminar, desde su nacimiento, la propia norma y los vestigios que ha dejado, con las lógicas limitaciones, según veremos más abajo, que impone la seguridad jurídica.

La naturaleza de la sentencia que contiene la declaración de nulidad de la norma inconstitucional es declarativa, no constitutiva, al limitarse a reconocer una situación ya existente de por sí (la nulidad de la ley inconstitucional).

A pesar de defender que el efecto de la declaración de inconstitucionalidad de una ley debe ser retroactivo, en el esquema de Kelsen, sin embargo, los efectos eran *ex nunc*, o sea, irretroactivos, tal y como vimos en el comentario a la voz sobre dicho efecto. La razón de ello era la configuración del tribunal constitucional como legislador negativo, configuración superada en la actualidad.

La nulidad es un régimen de ineficacia indisponible que viene exigido por la efectividad de la ley imperativa (en este caso la Constitución) en interés de los valores que ésta trata de salvaguardar. La Constitución, al ser fundamento de validez de la norma en causa, debe prevalecer incondicionalmente desde el momento en que ésta entra en vigor. No obstante a lo dicho, no se puede aplicar en todos sus términos la construcción de la nulidad de la teoría general del derecho. En efecto, la nulidad, como categoría general, consiste en una ineficacia automática, originaria, estructural, absoluta e insanable. A la que se deriva de la acción de inconstitucionalidad se le pueden aplicar los caracteres de automática (el pronunciamiento judicial es declarativo), originaria e insanable, pero no resulta estructural (no está originada por un defecto que afecta a alguno de los elementos estructurales de un contrato) ni absoluta (no puede ser hecha valer por cualquiera que tenga un interés legítimo, incluso de oficio por el juez). El carácter objetivo de la acción elimina la necesidad del interés del actor y de la actualidad de dicho interés. Por lo tanto, estamos ante una nulidad sometida a las peculiaridades propias del derecho procesal constitucional.

En este orden de cosas, el art. 78 de la Ley del Tribunal Constitucional alemán obliga a declarar la nulidad de la ley considerada inconstitucional. En la misma línea se expresan los arts. 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español y 282 de la Constitución portuguesa. La retroactividad de esta declaración está clara en Bélgica, España (interpretando *a contrario sensu* el art. 40 de la Ley del Tribunal Constitucional) y Portugal (aunque el párrafo cuarto del art. de la Constitución lusa acabado de citar permite al Tribunal dar un alcance más restrictivo a la inconstitucionalidad en razón de la seguridad jurídica, la equidad o el interés público). Por su parte, los arts. 136 de la Constitución italiana y 30 de la Ley reguladora del Tribunal Constitucional italiano no resultan tan nítidos al indicar, el primero, que la declaración de ilegitimidad constitucional de una disposición legislativa o de un acto que tenga fuerza de ley supone que esa disposición cesa de estar en vigor desde el día siguiente de la publicación de la decisión, y, el segundo, que no puede recibir aplicación a partir de la misma fecha. No obstante, la jurisprudencia italiana (al igual que, entre otras, la alemana y española) confirma lo dicho sobre el carácter retroactivo de los pronunciamientos de inconstitucionalidad.

En América también encontramos ejemplos de efectos hacia atrás en el tiempo, aunque menos numerosos que los efectos *ex nunc*. En Costa Rica, la declaración de inconstitucionalidad tendrá efecto retroactivo "a la fecha de

vigencia del acto o de la norma" (art. 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), aunque la sentencia podrá graduar en el tiempo dicho efecto.

La virtualidad retroactiva que hemos atribuido al pronunciamiento de inconstitucionalidad no es absoluta sino que se salvan distintas situaciones. No cabe duda de que la lógica de la nulidad de la ley inconstitucional no debe ser llevada hasta sus últimas consecuencias, destruyendo así relaciones ya consolidadas y de efectos fenecidos. El principio de seguridad jurídica exige tal limitación, dando lugar, en general, a que se mantengan las decisiones judiciales y los actos administrativos fundados en la disposición anulada y que ya no son susceptibles de recurso alguno, o sea, que ya poseen la fuerza de cosa juzgada. Ello no tiene lugar cuando resulta de aplicación el principio de retroactividad de la ley penal más favorable (ejemplos de ello son Alemania, España, Italia, Portugal, Costa Rica o México). En efecto, el art. 40.1 de la Ley del Tribunal Constitucional español prevé la revisión de los casos penales o contencioso-administrativos en que la nulidad de la norma aplicada beneficie al castigado (reducción de la pena o de la sanción, exención o limitación de la responsabilidad). Ello no es óbice para entender corregida la línea jurisprudencial relativa a esos preceptos anulados, según el art. 40.2 de la misma ley. Por su parte, el art. 105 de la Constitución mexicana da efectos retroactivos a las declaraciones de invalidez en materia penal que se producen en las controversias constitucionales y en las acciones de inconstitucionalidad, siendo la regla general la irretroactividad (se supone que esta retroactividad en materia penal solo se produce en sentido favorable).

La tentativa de eliminar los efectos que ha dejado la ley inconstitucional, por mor de la sanción de nulidad que técnicamente debe aplicarse, tendría que dar lugar a que las normas derogadas por la ley inválida vuelvan a entrar en vigor. Así lo establecen los arts. 282.1 de la Constitución portuguesa y 140.6 de la Constitución austríaca (salvo que en el fallo se disponga otra cosa), y ello a pesar de que en el país centroeuropeo la sanción es de anulabilidad. Ésta es una solución poco extendida porque, al margen de otras consideraciones, resulta demasiado agresiva con la seguridad jurídica. En este sentido se expresa el art. 83 del Código Procesal Constitucional del Perú, donde se establece que por la declaración de inconstitucionalidad no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado.

La construcción explicada en los párrafos anteriores puede verse alterada cuando un tribunal constitucional dicta una sentencia atípica (del estilo de una recomendación al legislador, que no incluye nulidad), precisamente, a lo mejor, para huir de la rigidez del binomio inconstitucionalidad-nulidad y poder adaptarse mejor a la realidad que debe resolver.

José Julio Fernández Rodríguez

Efectos fiscales de las sentencias constitucionales

La labor interpretativa que realizan los órganos jurisdiccionales, como garantes de la Constitución, es una función creadora y dinámica del derecho que permite concretizar principios generales de las Constituciones. En esta labor,

los jueces constitucionales se convierten en intérpretes judiciales de la Constitución para decidir, con base en el derecho, lo que es o no derecho, haciendo una reconstitución de la realidad. Sin embargo, las decisiones judiciales derivadas del control de la constitucionalidad de normas trae aparejada una serie de consecuencias que puede estudiarse a la luz de los efectos que despliegan (jurídicos, políticos, sociales, económicos, etcétera). De esta forma es posible identificar una tipología de las sentencias constitucionales con efectos fiscales (Hernández Valle, 2010) que pueden clasificarse de la siguiente manera:

Sentencias aditivas. Son aquellas que integran el contenido lagunoso u omiso de la legislación y propician el despliegue de los efectos de las normas constitucionales. En materia tributaria, se trata de sentencias que amplían la cobertura de la norma extendiendo el supuesto de no sujeción o de exención al grupo de contribuyentes arbitrariamente excluido por la imposición legislativa, con el objeto de otorgarles el mismo tratamiento respecto de las deducciones, exenciones o minoraciones. Sin embargo, en ocasiones, equiparar el beneficio a determinados grupos puede implicar altos costes de operación en detrimento de la hacienda pública.

Sentencias de recomendación al legislador. También conocidas como sentencias declarativas o estimatorias, se caracterizan por dirigir recomendaciones al legislador acerca de cómo reparar la inconstitucionalidad. Debido a su poco éxito, en Italia se han incorporado las denominadas sentencias *doppia pronuncia*, que consisten en dictar una primera sentencia en la que se otorga un plazo al legislador para enmendar el vicio de inconstitucionalidad de la ley, de no cumplir oportunamente, se dicta una segunda sentencia en la que se declara la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

Sentencias anulatorias dimensionadas en sus efectos temporales. Son sentencias que anulan la disposición impugnada pero con eficacia prospectiva (*ex nunc*), por lo que se tutela la disposición constitucional pero sin efectos retroactivos. En materia tributaria, este tipo de sentencias suele hacer nugatorio el derecho de los contribuyentes a la devolución de cantidades pagadas indebidamente a la administración tributaria con motivo de la declaratoria de inconstitucionalidad de un tributo.

Sentencias de inadmisibilidad (o anti-aditivas). Son aquéllas en las que la Corte o tribunal constitucional reconoce su incompetencia para invadir la función legislativa, indicando que la resolución corresponde al legislador en ejercicio de sus potestades discrecionales, por lo que este tipo de sentencias cumplen una labor cuasi exhortativa en relación con el legislador. Al respecto, en la mayoría de los textos constitucionales, la facultad impositiva está sometida a reserva de ley; es decir, no hay tributo sin ley.

Sentencias que combinan la inadmisibilidad con la anulación simple. Este tipo de sentencias no cuestiona la exclusión arbitraria de beneficio a un determinado grupo de contribuyentes, sino el beneficio mismo otorgado a los otros. Por tanto, tienen un doble efecto: respecto de los recurrentes, declaran la inadmisibilidad por considerarse un tema propio de la discrecionalidad legislativa y, respecto de los beneficiarios originales, anulan el privilegio violatorio del principio de igualdad tributaria. Así, estas sentencias tienen el problema de que pueden perjudicar a personas que, sin haber recurrido a los estrados ju-

diciales, ven lesionados o disminuidos derechos prestacionales adquiridos de buena fe al amparo de una decisión discrecional del legislador.

Sentencias que declaran la inconstitucionalidad parcial. Son aquellas que anulan la norma impugnada en cuanto benefician o perjudican exclusivamente a determinadas categorías de sujetos pasivos del tributo, rompiendo la igualdad ante la ley tributaria. Los tribunales tienen entonces dos opciones: extender el beneficio a los contribuyentes excluidos o dejar que sea el legislador quien enmiende el vicio de inconstitucionalidad eliminando el supuesto trato privilegiado.

Sentencias aditivas distributivas. Se trata de fallos judiciales que amparan el derecho prestacional reclamado, pero al mismo tiempo ordenan que el monto originalmente presupuestado para hacer frente al pago de los beneficiarios originales se prorratee entre todos, tanto entre los originales como entre los nuevos, aunque se disminuyan sustancialmente los derechos de aquéllos.

Tomando en cuenta que las decisiones judiciales pueden involucrar que se tome a consideración la fuente de las asignaciones presupuestarias para restaurar la constitucionalidad, o para sufragar presupuestalmente los costos derivados de extender el privilegio al grupo de contribuyentes excluidos por la imposición legislativa, los jueces constitucionales deben ponderar, caso por caso, el tipo de sentencia más favorable para el mantenimiento de las finanzas públicas, siempre en atención a la tutela efectiva de los derechos fundamentales.

Israel Santos Flores

Efectos *inter partes*

Este tipo de efectos, en sentido jurídico, significa que la decisión que los posee se aplicará solo a las partes que han intervenido en el procedimiento o proceso que acaba con tal decisión (traducido literalmente del latín significaría "efectos entre la partes"). La categoría contraria a ésta serían los efectos *erga onmes*, que originan que la decisión se aplique a todos y no solo a los que han intervenido en el procedimiento o proceso (la traducción literal del latín sería "efectos frente a todos").

La lógica de una decisión jurisdiccional ordinaria lleva a que su eficacia se limite a quienes han sido partes en el proceso. En cambio, la lógica del derecho procesal constitucional puede imponer una visión diferente. En efecto, en este ámbito del derecho procesal constitucional, en función del sistema en el que estemos y del tipo de proceso, los efectos serán unos u otros.

En sistemas difusos de control de constitucionalidad, la sentencia del juez ordinario que efectúa tal control tendrá efectos entre las partes de su proceso. Lo que hace dicho juez es inaplicar la norma inconstitucional al caso. El control en un sistema difuso es un control concreto, en la medida en que se ejerce con ocasión de un litigio determinado, y sus decisiones tienen una autoridad de cosa juzgada relativa, en el sentido de que la inconstitucionalidad solo valdrá para el asunto y las partes del litigio que se está sustanciando.

Los recursos ulteriores o la selección de casos deberían permitir al tribunal supremo, en un sistema difuso, unificar decisiones discrepantes y dotar de un trasunto de efectos generales a través de la vinculación que genera la juris-

prudencia del órgano que encabeza el Poder Judicial. En concreto, en Estados Unidos, el sistema del precedente y el principio del *stare decisis* hace que los tribunales inferiores estén vinculados por las decisiones de los superiores. Esto da lugar a que el efecto final de una declaración de inconstitucionalidad sea equivalente a una anulación por la generalidad que en la práctica adquiere. La colocación del tribunal supremo de este país en la cima de la jerarquía judicial da unidad al sistema. Tal tribunal, desde 1925, ostenta un poder discrecional de selección de asuntos (el privilegio del *certiorari*) que le permite escoger los casos sobre los que va a llevar a cabo un control de constitucionalidad.

En cambio, en un sistema concentrado, la declaración de inconstitucionalidad efectuada por un tribunal constitucional u órgano equivalente debe tener efectos generales o *erga omnes*. Ello también es predicable en un sistema mixto cuando actúa el órgano de jurisdicción constitucional. La decisión de inconstitucionalidad de la norma parece tener así una fuerza similar a la de la ley eliminada. Si la sentencia no elimina una norma o un acto de carácter general debe carecer de este efecto frente a todos limitándose a una eficacia *inter partes*. Así, en Costa Rica el art. 87 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional indica que las resoluciones que denieguen la acción de inconstitucionalidad "únicamente surtirán efecto entre las partes en el caso concreto".

Ya en Kelsen la eliminación de la ley inconstitucional tiene efectos *ex nunc* y *erga omnes*, que son los propios de la actuación del legislador y de la abrogación. Recordemos que para dicho autor el tribunal constitucional, que monopoliza el control de constitucionalidad de las leyes, no es realmente un tribunal, al no aplicar normas a hechos concretos, sino un legislador negativo que analiza la compatibilidad lógica entre dos normas abstractas (Constitución y ley).

A pesar de que parte de las posiciones de Kelsen están superadas, los sistemas concentrados o mixtos mantienen esta característica de los efectos generales ante la declaración de inconstitucionalidad de la ley por parte del tribunal constitucional o equivalente (Alemania, Brasil, España).

Sin embargo, hay algún caso en un sistema concentrado o mixto en el que la declaración de inconstitucional tiene efectos *inter partes*, a pesar de ser dictada por un órgano especializado en la jurisdicción constitucional. Ello resulta criticable por las exigencias de la naturaleza de tal declaración. En este sentido, podemos citar a Paraguay, donde el fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema declarando el carácter contrario a la Constitución de ciertas disposiciones "solo tendrá efecto" en relación con cada caso concreto (art. 260.1 de la carta magna paraguaya). Por esa razón se habla de declaración de inaplicabilidad, no de nulidad ni anulabilidad. También en Uruguay el fallo de la Suprema Corte de Justicia "se referirá exclusivamente al caso concreto y solo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado" (art. 259 de la Constitución uruguaya).

Al margen del tema del control de constitucionalidad de la ley, las acciones protectoras de derechos también suponen una importante competencia de la jurisdicción constitucional. Si estamos ante las acciones protectoras de derechos, sea en un sistema difuso o concentrado, desde el punto de vista técnico, el efecto debe limitarse a quienes hayan sido parte en el proceso.

El efecto *inter partes* refuerza el sentido subjetivo de una acción. Ello es especialmente patente en las acciones de tutela de derechos, en las cuales se protege al individuo frente a las vulneraciones o amenazas que sufre uno de sus derechos, normalmente, en su configuración tradicional, llevadas a cabo por el poder público. De todos modos, no hay que olvidar la doble dimensión de estos procesos de tutela de derechos, pues al lado de la citada vertiente subjetiva, de protección de las personas en situaciones concretas, existe una dimensión objetiva, de interpretación y defensa del ordenamiento constitucional.

José Julio Fernández Rodríguez

Eficacia y eficiencia en la impartición de justicia

Al dirimir conflictos y controversias, es función de los jueces y tribunales "impartir justicia"; si bien existe gran discusión sobre qué significa la justicia en este contexto, es decir, si se limita a la aplicación de la ley o si puede y debe ir más allá de ésta. Sin embargo, la impartición o administración de justicia, en tanto se atribuye a un conjunto organizado de instituciones del Estado, debe atender a otros valores y criterios, como los de "eficacia" y "eficiencia". Así se advierte, por ejemplo, de lo dispuesto por el art. 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: "Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que *estarán expeditos para impartirla en los plazos* y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera *pronta*, *completa e imparcial*…". El mismo art. prevé la creación de *mecanismos alternativos de solución* de conflictos, así como la necesidad de garantizar la *plena ejecución de las resoluciones* de los tribunales. Los conceptos subrayados aluden claramente a cuestiones de eficacia y eficiencia en la justicia.

Los conceptos de "eficacia" y "eficiencia" pueden definirse de manera sencilla. "Eficacia" significa el *logro de los objetivos* para los cuales ha sido establecida una institución o se ha creado un procedimiento. ¿Cuáles son los objetivos de la impartición de justicia? Podemos atribuirle los mismos que Vincenzo Ferrari (*Funciones del derecho*, 1989) considera que son las funciones últimas del derecho: la orientación de las conductas, el tratamiento de los conflictos declarados y la legitimación del poder. En el caso de la impartición de justicia, tiene prioridad lógica el tratamiento de los conflictos, por ser la puerta de entrada a la función jurisdiccional. Ferrari no habla de "solución" de los conflictos, porque no siempre éstos se resuelven, sino que a veces persisten y se agudizan después de un juicio. Adicionalmente, hay que considerar que no todos los asuntos que llegan a los tribunales son, estrictamente hablando, verdaderos conflictos, sino que en ocasiones su intervención se debe a requerimientos de tipo "administrativo" o "notarial". Por ello, es preferible hablar de que la justicia resuelve *controversias jurídicas*. Los tribunales serán eficaces entonces si logran dar respuesta adecuada a esas controversias, contribuyendo de ese modo a orientar el comportamiento no solo de las partes en el juicio sino de los terceros, que de ese modo saben a qué atenerse en situaciones similares ("seguridad jurídica"), así como a legitimar al Estado en la medida

en que los ciudadanos hagan uso de una vía institucional y se abstengan de "hacer justicia" por propia mano. Un aspecto problemático de la eficacia de la impartición de justicia es el *cumplimiento* de las resoluciones judiciales, pues éste tiene que enfrentar con frecuencia la natural resistencia de la parte perdedora y de su entorno inmediato, pero en ocasiones también la de grupos sociales más amplios.

Dentro del marco de la eficacia de la impartición de justicia, las sociedades contemporáneas esperan también que dicha función se realice con *eficiencia*, la cual es un concepto de origen económico que implica el mejor uso posible de los recursos. En un contexto que, por definición, es de escasez, los recursos tienen siempre usos alternativos; por tanto, serán eficientes aquellos usos que logren los mayores beneficios con los menores costos posibles. En relación con la impartición de justicia podremos hablar de eficiencia en tres sentidos, a los cuales denominaremos "eficiencia institucional", "eficiencia organizacional" y "eficiencia instancial".

Los dos primeros conceptos han sido tomados de Douglass C. North (*Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, 1993). La impartición de justicia es eficiente desde el punto de vista de su función institucional cuando logra contribuir a la *reducción de los costos de transacción*, es decir, los costos (sobre todo de información) que hay que afrontar para poder realizar operaciones de intercambio de bienes y servicios (por ejemplo, los costos de valuación). Al proteger efectivamente los derechos de propiedad y hacer cumplir los contratos, los tribunales contribuyen a reducir los costos de transacción en una sociedad, esto es, facilitan o abaratan el intercambio económico, lo cual se traduce en condiciones favorables para la inversión y el crecimiento.

La *eficiencia organizacional* se refiere a la capacidad de procesamiento que tienen los tribunales en cuanto organización. Una organización consiste en un conjunto de roles o funciones especializados que se interrelacionan para el logro de un objetivo común, en este caso, la producción de resoluciones judiciales. Este producto puede lograrse de manera eficiente aumentando, mediante diversas intervenciones, la capacidad de procesamiento de la organización. En primer lugar, pueden acelerarse los *procedimientos* reduciendo los plazos para su conclusión, o especializando el procedimiento mismo para que se ajuste de mejor manera al tipo de conflicto o controversia que maneja el tribunal. Esta opción incluye la posibilidad de introducir *mecanismos de solución alternativa de conflictos* dentro de la organización de un tribunal (conciliación, arbitraje). En segundo lugar, también puede aumentarse la capacidad de procesamiento modificando la *división del trabajo*, mediante la implementación de distintos modelos internos de organización o a través de la creación de funciones de gestión y administración especializadas (*court management*).

Por *eficiencia instancial* entenderemos la regulación de la *oferta y demanda* de servicios judiciales ante los tribunales. Idealmente, la justicia será eficiente si logra un equilibrio entre la oferta y la demanda de tales servicios, para lo cual requiere operar de manera selectiva. *Selectividad* significa que, en principio, solamente sean atendidos por la justicia los asuntos aptos para su tratamiento judicial.

La selectividad tiene dos aspectos: uno *vertical* y otro *horizontal*. Desde el punto de vista vertical, la selectividad exige que en cada instancia del aparato judicial se procesen solamente aquellas controversias que lo ameriten de algún modo. Por ejemplo, sería ineficiente que todos los asuntos resueltos en una primera instancia se revisaran en apelación; sería eficiente, en cambio, que solamente se apelaran aquellos asuntos en que exista una probabilidad cierta de error. Para regular este tipo de eficiencia resultan de gran relevancia, por un lado, las normas competenciales y su interpretación por los tribunales mismos y, por el otro, el número y la distribución territorial de los órganos jurisdiccionales.

Desde el punto de vista horizontal, la selectividad implica la existencia de alternativas o filtros externos para el procesamiento de los conflictos, como los despachos de abogados y otras instancias profesionales, los mecanismos alternativos de solución de conflictos (conciliación, mediación, arbitraje) y los llamados mecanismos de estabilización sistémica, como los seguros, las fianzas y las hipotecas, que permiten prevenir y resolver los conflictos de manera institucional y con baja probabilidad de recurso al litigio judicial.

En resumen, en las sociedades contemporáneas, los ciudadanos esperan no solo que los jueces y tribunales "hagan justicia", es decir, que dicten resoluciones que sean aceptables desde el punto de vista de los valores sociales, sino que también sean eficaces, esto es, que tengan efectos reales y eficientes, entendiendo por tales aquellas que hagan o promuevan el mejor uso posible de los recursos sociales. Solamente la justicia que satisface estas expectativas cumple también con los requisitos que dispone la Constitución.

Héctor Fix-Fierro

Empoderamiento

Las primeras acepciones en torno al empoderamiento hacen su aparición en lengua inglesa en textos datados del siglo XVII. En ellas, *empowermet* es sinónimo de capacidad e impulso (León, 2001). Más recientemente, la década de los sesenta fue la base para la reflexión y acción de un movimiento social importante llevado a cabo en Estados Unidos de América. Las reivindicaciones y los análisis teóricos desarrollados en torno al movimiento *Black Power* o *Black Empowerment*, a la vez que precursores, son indispensables para llevar a cabo cualquier reflexión crítica en torno al poder y al cambio en las estructuras sociales.

Por otro lado, en lo referente a las mujeres, relaciona los primeros usos del término *empowerment* a las investigaciones de Mujeres en Desarrollo (*women in development).* Su procedencia, concretamente, se sitúa en el texto que Sen y Grown prepararon para la Tercera Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Nairobi en 1985. Dicho escrito se publicó en 1987 y se tradujo al español como *Desarrollo, crisis y enfoques alternativos: perspectivas de la mujer en el tercer mundo.* En el citado contexto, el concepto se determinó como estrategia impulsada por las mujeres del Sur.

El concepto siguió su andadura en la Cuarta Conferencia sobre la Mujer, celebrada en 1995 en Beijing. En dicha ocasión, por primera vez, se relacionó

el impulso de las mujeres con la construcción social, sin condiciones y sin poner en tela de juicio sus capacidades. De este modo se reforzó la participación social de las mujeres. De esta cita en adelante, el concepto de empoderamiento, o *empowerment*, junto con el de transversalidad o *mainstreaming* fueron dos estrategias esenciales recomendadas a los gobiernos para el trabajo que tiene como objetivo la igualdad entre mujeres y hombres.

Si entre los diferentes autores se difunde el uso de término después de la Cuarta Conferencia sobre la Mujer de Beijing (1995), en lo que se refiere a los movimientos feministas, éste empieza a emplearse paulatinamente en la década de los sesenta. Las autoras Maxine Molyneux, Carolyn Moser eta Kate Young, entre otras, trabajaron en torno al empoderamiento haciendo una diferenciación entre intereses y necesidades prácticas y estratégicas. De esta manera, señalan que los diferentes tipos de necesidades que tienen las mujeres están relacionadas directamente con el estatus que ocupan en la sociedad (Rowlands, 1997). Las necesidades prácticas suelen ser inmediatas y urgentes, y hacen referencia a las necesidades materiales y primarias; en la mayoría de las veces están relacionadas con la supervivencia. Las necesidades estratégicas, en cambio, son respondidas a largo plazo y posibilitan cambios indispensables en las relaciones de poder entre mujeres y hombres (León, 2001). Las necesidades prácticas las sufren algunas mujeres; las estratégicas, en cambio, todas las mujeres. La diferenciación entre ambas no siempre es evidente, dado que muchas de las veces podemos responder a las condiciones estratégicas de las mujeres una vez dando respuesta a las necesidades prácticas. De tal manera, trabajar en solucionar las estratégicas necesariamente toma en cuenta a las prácticas (León, 2001).

Desde el punto de vista analítico, existen al menos dos dimensiones diferentes de empoderamiento: el individual y el colectivo.

El empoderamiento individual o personal se puede definir de la siguiente manera: es un proceso personal en el cual cada mujer desarrolla instrumentos que la refuerzan y le brindan la posibilidad de defenderse y hacer frente a la opresión dejando de estar sometida (Lagarde, 2000). Se abre la posibilidad de que haga cosas por sí sola (León, 2001), y más aún, que sea capaz de deshacerse las consecuencias de la opresión sufrida (Rowlands, 2005), al mismo tiempo que desarrolla la confianza en sí misma. Muchas de las veces, las actividades que posibilitan el empoderamiento de las mujeres, aquellas que son impulsadas por diferentes instituciones, se desarrollan en términos individuales, identificando y poniendo el valor la autoconfianza personal antes que la cooperación, la cual pone en duda las estructuras de poder que oprimen a las mujeres (Oxaal y Baden, 1997).

Por otro lado, el empoderamiento colectivo se lleva a cabo cuando las personas consiguen de manera conjunta más efectividad de lo que lograrían de manera individual (Rowlands, 2005). Hay quien hace referencia a la idea de que en confianza y en alianza se hace frente al orden social antiguo y a la capacidad colectiva de construir la cotidianidad mediante modos de convivencia social, económica, política y cultural (Lagarde, 2000).

Los puntos de vista que se limitan al empoderamiento individual han recibido muchas críticas. Éstos no reconocen la relación entre las estructuras de

poder y las prácticas en la cotidianeidad del colectivo y el individuo. Además, desconecta a las personas del contexto sociopolítico e histórico, de la solidaridad que presenta el empoderamiento, alejándose del significado de preocuparse por el prójimo (León, 2001).

Mientras que algunos autores defienden que el empoderamiento solamente puede darse a nivel individual, otros autores sostienen que es un primer paso esencial para lograr el empoderamiento colectivo, a pesar de que limitar el empoderamiento a ese ámbito no es suficiente (Rowlands, 2005). En general, si no se lleva a cabo el empoderamiento en un contexto donde haya ilusión, y si el proceso político no está relacionado con acciones colectivas, es muy difícil que tenga éxito, puesto que no se puede limitar el empoderamiento a sus acciones y olvidarnos del contexto histórico y político donde se quiere implementar. El empoderamiento incluye el cambio y las acciones colectivas (León, 2001).

Maider Zilbeti Pérez

Entrada en vigor

De acuerdo con el *Diccionario de la lengua española*, la locución "vigor" (del latín *vigor, -ōris*) significa, para los efectos que aquí importan, "viveza o eficacia de las acciones en la ejecución de las cosas", o bien, "fuerza de obligar en las leyes u ordenanzas". Por su parte, la locución «entrada» hace referencia a la "acción de entrar" y, a su vez, la locución "entrar" (del latín *intrāre*) significa "empezar o tener principio", "formar parte de la composición de ciertas cosas", o bien, "dar principio a la acción de algo", por lo que hablar de la *entrada en vigor* de cualquier norma jurídica significa apelar al *principio a partir del cual una norma comienza a formar parte del orden jurídico adquiriendo fuerza para obligar a sus destinatarios y produciendo los efectos jurídicos a los que está llamada.*

Por lo que hace al derecho procesal constitucional —concretamente desde el punto de vista del juicio de amparo—, toma especial importancia este concepto debido a que, por regla general, cuando se promueve un amparo en contra de normas jurídicas autoaplicativas, es decir, normas que por su sola *entrada en vigor* comienzan a generar afectaciones a los derechos de los particulares aun sin existir actos de aplicación de las mismas, será la fecha de *entrada en vigor* el momento en que comience a computar el plazo para su impugnación.

Así, por ejemplo, la Segunda Sala de la Suprema Corte de México ha establecido que "el juicio… contra una ley autoaplicativa puede interponerse… dentro de los treinta días hábiles contados desde que entra en vigor [por lo que] el cómputo del plazo señalado inicia desde el día de su vigencia a las cero horas, porque resultaría incongruente que si la ley de esta naturaleza causa un perjuicio desde la misma fecha en que su observancia es obligatoria, el plazo para promover el juicio empezara a contar hasta el día siguiente…" (Tesis: 2a./J. 26/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VII, mayo de 1998, p. 461).

Criterio diverso debe aplicarse en tratándose de la impugnación de normas generales vía acción de inconstitucionalidad, toda vez que, por regla ge-

neral, la también denominada acción abstracta de inconstitucionalidad debe interponerse en el plazo que establezca la norma procesal correspondiente, computando dicho plazo a partir de la fecha de publicación de la norma objeto de impugnación. Lo anterior es así debido a que en la acción abstracta, a diferencia de lo que acontece en el amparo, no resulta trascendente que la norma impugnada produzca ya los efectos jurídicos a los que está llamada, afectando derechos de los particulares, sino que lo que importa es que la norma ya haya sido promulgada de acuerdo con las normas sobre la producción jurídica, es decir, con las normas que establecen los procedimientos de creación, modificación y reforma de las normas jurídicas que componen un sistema normativo.

Francisco Vázquez Gómez Bisogno

Enunciados de los precedentes

El célebre lingüista Ferdinand de Saussure expone en su *Curso de lingüística general* (1916) el concepto de "signo lingüístico", constituido por dos elementos: el significante y el significado.

El significante corresponde al elemento empíricamente perceptible (grafema o fonema) que se lee o escucha. En general, y sin entrar en detalles técnicos, se puede decir que el significado corresponde al sentido que tiene el significante en una legua determinada. La relación entre un significante y su significado no es necesaria, sino contingente, de lo cual da cuenta la multiplicidad de significantes que pueden expresar el mismo significado. Por ejemplo: "casa", *house* (inglés) y *maison* (francés), son significantes diferentes que expresan el mismo significado.

De la misma manera que sucede con las letras (que aisladamente consideradas carecen de significado pero que al organizarse en significantes producen significados), los signos lingüísticos pueden organizarse en estructuras a una escala superior que producen nuevas unidades de significado. Al conjunto de significantes dispuestos secuencialmente conforme a las reglas sintácticas de una lengua determinada se les denota con la expresión "enunciado" y juegan un papel equivalente al significante de las palabras, en tanto que son empíricamente perceptibles. Al igual que ocurre con la dicotomía "significante-significado" a nivel de las palabras, los enunciados tienen un elemento de significación que es denotado por la expresión "proposición". Una diferencia importante entre ambas dicotomías es que mientras los elementos constitutivos de los significantes (las letras) carecen de significado, los significantes, elementos constitutivos de los enunciados, sí poseen un significado que en algún sentido determina el significado o significados del enunciado en cuestión, es decir, a la o las proposiciones a él asociadas.

Como es ampliamente conocido, algunas palabras son polisémicas, es decir, tienen más de un significado. Por ejemplo, en el discurso jurídico, el significante "acción" puede tener como significados: *a)* el primer acto procesal por virtud del cual se inicia un proceso jurisdiccional (derecho procesal) o *b)* clase de título valor (derecho mercantil).

A pesar de que no exista una expresión equivalente a "sinonimia" a nivel de los enunciados, éstos presentan la misma propiedad que las palabras en el sentido de que un mismo enunciado puede tener asociadas varias proposiciones. Por ejemplo, el enunciado: "Juan fue detenido con un ladrillo" puede significar: 1. A Juan se le propinó un ladrillazo; 2. A Juan (trabajador de la construcción) se le impidió seguir su camino cuando portaba un ladrillo (material de construcción), y 3. A Juan se le aprendió cuando llevaba un paquete de droga (significado que tiene "ladrillo" en el argot del crimen organizado). Como se puede observar, las propiedades semánticas de las palabras determinan el significado de las proposiciones. En el ejemplo anterior, tanto la polisemia de "ladrillo" como la de "detener" juegan un papel importante en las distintas proposiciones asociadas al mismo enunciado.

De igual manera que sucede con la dimensión multinivel que va de significantes a enunciados y de significados a proposiciones, los enunciados pueden organizarse en estructuras de nivel superior y constituir sistemas de enunciados. Por ejemplo, una novela es un sistema de enunciados con identidad propia. "Harry Potter" y "El Señor de los Anillos" son totalmente independientes, al igual que lo son el código civil y el código penal.

La dicotomía "empíricamente perceptible-significación" se repite en este nivel y es así que el mismo cuento de Harry Potter puede encontrarse traducido en diferentes idiomas. El elemento empírico puede ser denotado por la palabra "texto", mientras que el de significación con "discurso".

Con base en lo anterior es posible definir la expresión "argumentación" como un sistema de enunciados cuya propiedad distintiva respecto de otros sistemas de enunciados es que las proposiciones asociadas a los mismos juegan el papel de premisas de las que se sigue una conclusión.

También en este nivel se repite la dicotomía "empíricamente perceptible-significación", como se pone de manifiesto cuando una sentencia judicial es traducida en diferentes idiomas. En este caso, el elemento empírico es denotado con la expresión "argumentación", mientras que el de significación con el término "argumento".

No todos los argumentos dentro del dominio jurisdiccional cumplen la misma función institucional. Si bien es cierto que toda decisión jurisdiccional resuelve un conflicto jurídico, algunas decisiones y los argumentos por los que se justifican tienen efectos más allá de la resolución del caso concreto y son vinculantes para otros órganos de impartición de justicia. Normalmente son emitidas por órganos de la más alta jerarquía, facultados para producir este tipo de argumentos. Llamaremos a éstos "argumentos institucionalmente vinculantes", los cuales están presentes tanto en los sistemas jurídicos de tradición romano-germánica, como en el sistema anglosajón, con matices funcionales importantes. Mientras en el sistema romano-germánico el razonamiento parte de la interpretación de las normas para la resolución de un caso y, por tanto, para la producción de argumentos institucionalmente vinculantes, en el sistema anglosajón, el razonamiento parte de los hechos y busca fundamentar sus decisiones en argumentos institucionalmente vinculantes previamente emitidos. A pesar de sus aparentes diferencias, ambos sistemas toman en cuenta dos tipos de elementos para fundar sus decisiones,

pero atribuyéndoles pesos distintos como soportes de fundamentación. En el sistema romano-germánico se acentúa el peso de la ley, sus argumentos institucionalmente vinculantes, contenidos en la jurisprudencia, tienen un papel relativamente secundario en tanto son interpretación de la legislación. En el sistema anglosajón, el peso de fundamentación principal se encuentra en sus argumentos institucionalmente vinculantes denominados "precedentes", y el derecho estatutario, equivalente a la legislación, tiene una importancia menor.

Con respecto a la dinámica de ambos sistemas, mientras el primero está condicionado a los cambios en la legislación, el segundo implica la adaptación de precedentes a casos nuevos o, en su caso, justificar las razones por la cuales en un caso específico existen hechos relevantes que hacen inaplicable un precedente, a pesar de las semejanzas del caso con los considerados en los precedentes. También es posible que ciertos precedentes sean declarados inaplicables al ser sustituidos por otros más acordes a la evolución social (*overruling*).

De lo anterior se desprende que el término "enunciados de los precedentes" denota a cada uno de los elementos constitutivos de una argumentación que contiene un argumento institucionalmente vinculante dentro de la tradición del derecho anglosajón. La determinación de su aplicación para casos posteriores al que les dio origen estará determinada, en buena medida, por las propiedades semánticas que se les atribuyan al determinar una proposición como su contenido semántico y la relación del mismo con las propiedades fácticas del caso en cuestión.

Enrique Cáceres Nieto

Enunciados dogmáticos

En la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, Hans Kelsen (1960) sostiene que las oraciones de la ciencia jurídica deben distinguirse, en cuanto *enunciados jurídicos,* de las *normas* jurídicas producidas por los órganos de derecho. Las *normas* jurídicas n<o constituyen proposiciones, esto es, enunciados declarativos sobre un objeto dado de conocimiento.

Como resulta evidente, el célebre profesor vienés marca una clara distinción entre dos tipos de discurso: *a)* el derecho positivo y *b)* el de la ciencia del derecho o dogmática jurídica. La descripción del primero constituye el objeto de estudio del segundo.

No obstante su indudable importancia en la historia de la filosofía jurídica, muchos avances han ocurrido en el campo de la metodología de la filosofía del derecho desde la fecha en que se escribió la paradigmática teoría pura. A continuación trataré de proporcionar una versión actualizada del pensamiento kelseniano, incorporando elementos de la filosofía analítica contemporánea.

Desde el lenguaje hablamos del mundo que nos rodea, para lo cual empleamos, de manera fundamental, enunciados mediante los que se expresan proposiciones descriptivas, cuya propiedad definitoria más relevante es poder ser determinadas como verdaderas o falsas (sobre la diferencia entre "enunciado" y "proposición" (véase enunciados de los precedentes). Al respecto, y en defensa de una teoría de la verdad por correspondencia, Tarsky establece

que una proposición "p" es verdadera, sí y solo si p. Por ejemplo, la proposición "la nieve es blanca" será verdadera sí y solo si es el caso que efectivamente la nieve es blanca.

Sin embargo, a través del lenguaje no solo podemos hablar del mundo natural, sino también del lenguaje mismo en un nivel diferente. Para referirnos al lenguaje *desde el cual se habla* de otro lenguaje empleamos la expresión "metalenguaje", mientras que para el lenguaje *del cual se habla*, la expresión utilizada es "lenguaje objeto". Una vez conscientes de esta diferencia, nuestra percepción discursiva del derecho, en una dimensión plana en la que todo es simplemente discurso, se revela como una dimensión multinivel. Desde esta nueva visión es posible ver distintos niveles de lenguaje en las más diversas manifestaciones jurídicas: la cita del pensamiento de un autor es metalingüística respecto de lo que el autor citado dijo; lo que se predica como la interpretación correcta de una artículo legal es metalingüístico respecto del precepto legal que es su lenguaje objeto; un contra-argumento, por definición, es una entidad metalingüística cuyo lenguaje objeto es el argumento refutado, etcétera.

Lenguaje objeto y metalenguaje pueden pertenecer a la misma clase lógica de proposiciones lingüísticas, pero no necesariamente. Por ejemplo, la descripción de un reporte de investigación constituye un metalenguaje descriptivo cuyo lenguaje objeto es también de índole descriptiva. En el caso del derecho, buena parte de lo que denotamos con la expresión "dogmática jurídica" es un metalenguaje descriptivo, cuyo lenguaje objeto es de un tipo lógico distinto: el derecho positivo, en tanto está constituido por normas, es fundamentalmente prescriptivo.

Con base en lo anterior, resulta claro que al menos parte del discurso de la dogmática, precisamente al que se refiere Kelsen cuando habla de proposiciones de la ciencia del derecho, constituye un metalenguaje cuyo lenguaje objeto es el derecho positivo. Si éste es el caso, en congruencia con lo dicho precedentemente, las proposiciones que describen al sistema normativo están sujetas a ser evaluadas como verdaderas o falsas.

El problema de las condiciones de verdad de dichas proposiciones es un tema complejo que no puede ser abordado en poco espacio, sin embargo, algunas reflexiones generales pueden ser esclarecedoras. Para algunos autores, como Alexy (1983), el criterio de evaluación de las proposiciones de la dogmática, a diferencia de las del discurso científico, no puede ser considerar si son verdaderas o falsas, sino correctas o incorrectas. No obstante las buenas razones que subyacen a esta propuesta y sin poder fundamentarlo más detalladamente, en este texto asumiré que las proposiciones de la dogmática pueden ser evaluadas como verdaderas o falsas, y que una teoría consensual de la verdad, como la defendida por Alexy, permite reconducir los criterios de correcto-incorrecto a verdadero-falso. Por otra parte, el uso de estos términos es más congruente con la calificación de "ciencia" estipulada para la dogmática jurídica.

Otro problema que se nos presenta es el de las condiciones de verdad de las proposiciones dogmáticas, sobre todo si se pretende adoptar una teoría de la verdad por correspondencia. En el caso de "la nieve es blanca", la contrastación de la proposición se hace directamente con el mundo natural.

Sin embargo ¿cuál sería el mundo de los hechos con el cual confrontar a las proposiciones de la dogmática, si las normas no son hechos, o al menos no el mismo sentido que la nieve, sino entidades lingüísticas? La respuesta es que las condiciones de verdad de las meta proposiciones dogmáticas son dadas por su relación con el lenguaje objeto, es decir, con el derecho positivo.

Por ejemplo, una norma jurídica que establezca: "a quien cometa el delito de robo se le sancionará con una pena de 10 años de prisión" tendrá un estatus lógico de proposición prescriptiva. El mismo enunciado encontrado en un libro de dogmática jurídica penal al decir: "en el sistema jurídico S se establece que: «a quien cometa el delito de robo se le sancionará con una pena de 10 años de prisión»", contendrá una proposición descriptiva, que en este ejemplo sería verdadera. La diferencia funcional de las distintas proposiciones expresadas por el mismo enunciado en diferentes niveles de lenguaje se pone de manifiesto si imaginamos que ha ocurrido una reforma legislativa por la que la sanción por robo se ha incrementado de 15 a 20 años y el autor del tratado de dogmática no ha tenido tiempo de actualizar su obra en una nueva edición. En este supuesto, la proposición que era verdadera antes de la reforma, habrá pasado a ser falsa.

Desde luego que las proposiciones de la dogmática no se limitan a parafrasear al derecho positivo, sino que lo reelaboran y sistematizan mediante las reglas de procesamiento cognitivo propias de la profesión. Por otra parte, el discurso de la dogmática no se agota en proposiciones sino que incluye otros elementos, como son definiciones, redes semánticas y, en ocasiones, proposiciones prescriptivas (opiniones) que en estricto sentido no son parte de un discurso "científico". Otra parte importante son las teorías conceptuales abstractas, no metalingüísticas respecto de ningún derecho positivo, como es el caso, por ejemplo, de la teoría general del delito.

Con base en lo anterior, el termino "enunciados dogmáticos" denota a la forma en que se expresan las proposiciones descriptivas en el metalenguaje de la dogmática jurídica y que son susceptibles de ser evaluadas como verdaderas o falsas (o si se prefiere correctas o incorrectas) a partir de lo establecido en el lenguaje objeto del derecho positivo.

Enrique Cáceres Nieto

Equidad

El término equidad (del latín *aequitas*, de *aequus*, "igual"; del griego επιεικεία, virtud de la justicia del caso en concreto) puede definirse como la "bondadosa templanza habitual", la propensión a dejarse guiar por el deber o por la conciencia, más que por la justicia o por la ley escrita, o como la justicia natural, opuesta a la ley escrita. Este ideal está íntimamente enlazado con el precepto jurídico de Ulpiano en sus *Tria Praecepta Iuris* (tres principios del derecho), el *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo).

En el derecho civil, el recurso a la equidad es excepcional y al margen, pero coetáneo con un derecho formal y riguroso, hoy diríamos positivo, que cumple una función muy importante pero que sigue siendo en esencia la misma: amoldar el derecho a las circunstancias concretas de cada caso.

La legislación suiza recurre a la equidad de manera supletoria, aunque depende de los tribunales en ausencia de leyes aplicables para decidir "de acuerdo a las mismas normas que se tomarían si tuviera que actuar como legislador".

En las leyes de matriz francesa e italiana, la equidad cumple varias funciones: criterio de valoración; criterio para juzgar en la resolución de controversias; criterio para la integración o interpretación del contrato.

En la Constitución colombiana de 1991 se consagró la equidad como criterio auxiliar de interpretación de la ley o, mejor, del derecho, acto constituyente con el que elevó a categoría de canon constitucional la facultad del juez de aplicar la ley para asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se encuentra varias veces la palabra "equidad", como en el art. 2o. que establece: "…garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones…".

Resulta importante señalar que en el léxico jurídico inglés, el término *equity* no indica la equidad o la *aequitas*, sino un conjunto de reglas jurisprudenciales que históricamente se unen a las del derecho común (es decir, aquellas que encuentran su fuente original en las decisiones de las cortes de Westminster). De esta manera el término *equity* representa una particular fuente del derecho, inicialmente de carácter discrecional, que se desarrolla para compensar las deficiencias que han surgido en la administración de justicia por los tribunales de derecho común como resultado de las restricciones introducidas en el siglo XIII, los *writs* y el sistema de las *forms of actions*.

Fundada como un tribunal dependiente de la ideología del *Chancellor*, inspirada en las normas del derecho canónico y marcada por un procedimiento que no implicaba la participación del jurado, la equidad después de 1616 (cuando Jaime I le reconoció la primacía sobre el *Common Law*) comenzó a endurecerse también en los precedentes, situándose como un sistema de casos judiciales complementarios al mismo *Common Law.*

María Vallarta Vázquez

Equidad de género

La equidad es un principio de justicia relacionado con la idea de igualdad sustantiva y el reconocimiento de las diferencias sociales. Ambas dimensiones se conjugan para dar origen a un concepto que define la "equidad" como "una igualdad en las diferencias", entrelazando la referencia a los imperativos éticos que obligan a una sociedad a ocuparse de las circunstancias y los contextos que provocan la desigualdad con el reconocimiento de la diversidad social, de tal forma que las personas puedan realizarse en sus propósitos de vida según sus diferencias (véase equidad).

Género, por su parte, se refiere a la construcción cultural basada en las diferencias biológicas entre los sexos. En 1955 el sexólogo John Money introdujo el término *gender* en inglés, diferenciando sexo biológico de "género", como una construcción cultural basada en una época y un lugar. Sin embar-

go, fue hasta 1968 que Robert Stoller la desarrolló a través de una investigación empírica en la que demostró que lo que determina la identidad y el comportamiento masculino o femenino no es el sexo biológico, sino las expectativas sociales, ritos, costumbres y experiencias que se ciernen sobre el hecho de haber nacido mujeres u hombres. Esta observación permitió concluir que la asignación y adquisición del género es una construcción sociocultural con la que se desnaturalizan las relaciones sociales entre los sexos. En los años setentas el movimiento feminista retomó esta teoría, y la desarrolló basándose en la frase célebre de Simone de Beauvoir: "una no nace mujer, se hace mujer".

En otras palabras, se refiere al conjunto de ideas, creencias y atribuciones sociales, construidas en cada cultura y momento histórico, tomando como base la diferencia sexual. A partir de ello se construyen los conceptos de "masculinidad" y "feminidad", los cuales determinan el comportamiento, las funciones, oportunidades, valoración y las relaciones entre mujeres y hombres.

Se refiere a los atributos y oportunidades sociales vinculadas con el hecho de ser hombre o mujer y las relaciones entre mujeres y hombres, y niñas y niños, así como a las relaciones entre mujeres y entre hombres. Estos atributos, oportunidades y relaciones se construyen socialmente y se aprenden mediante procesos de socialización. Dependen del contexto y el momento, y pueden cambiar. El género determina qué se espera, permite y valora en una mujer o un hombre en un contexto específico. En la mayoría de las sociedades hay diferencias y desigualdades entre hombres y mujeres en cuanto a las responsabilidades que se les asignan, las actividades que realizan, el acceso a los recursos y el control de éstos, así como las oportunidades de adopción de decisiones.

La equidad de género se refiere a la eliminación de la carga de valor desigual que se asigna a los roles culturales asignados de manera diferenciada a cada sexo (véase igualdad de género).

María Vallarta Vázquez

Erga omnes

Las sentencias constitucionales suelen tener efectos *erga omnes*, que quiere decir que alcanza a todos. Esa generalidad contrae profundas implicancias, y provoca efectos jurídicos y políticos. Los primeros son comprensibles; los otros suelen quedar cuestionados porque convierte a la sentencia en un formato legislativo.

El efecto jurídico tiene estas características:

a) *Son retroactivas* (*ex tunc*). Es decir, que actúan hacia el pasado, permitiéndose suprimir las situaciones creadas al amparo de la norma que se declara inconstitucional, con algunas pocas excepciones. Debido a esta característica algunos autores pretenden desvincularlo del efecto propio de la cosa juzgada, donde es más relevante atender el resultado de los recursos que se articulen contra la sentencia constitucional. Por eso se tiene al efecto *erga omnes* como un valor, un criterio axiológico que obliga a la revisión de las situaciones pasadas como una manifestación de justicia intrínseca del fallo.

La influencia de Kelsen en esta cuestión ha sido muy clara. Sostenía el mentor de estos tribunales constitucionales que la decisión de la autoridad

constitucional significa la casación del acto, y la decisión opera con efecto retroactivo al tiempo en que el mismo fue realizado. "Esta interpretación se impone porque la decisión es el resultado de un pronunciamiento que tiene por objeto la nulidad del acto —que es en principio, simplemente afirmada por el interesado— y que, por tanto, la nulidad no puede ser considerada, de ninguna manera, como adquirida antes de la terminación del procedimiento, pudiendo éste conducir a una decisión en que se niegue; porque la decisión debe necesariamente tener un carácter constitutivo, incluso si, conforme su texto, se enuncia que el acto era nulo. Desde el punto de vista del derecho positivo, esto es, de la autoridad que decide el susodicho acto nulo, no existe más que anulabilidad, y en este sentido es que puede presentarse la nulidad como un caso límite de la anulación con efecto retroactivo" (Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución «La justicia constitucional»).*

b) *Afectan derechos consolidados*. La norma que se declara inconstitucional deja de tener vigencia, y como la decisión es retroactiva alcanza a todas las relaciones jurídicas nacidas en orden al problema que se resuelve. En Italia, donde la actuación del Tribunal Constitucional es incidental (es decir, que se origina la cuestión constitucional por un planteo entre partes), la inconstitucionalidad afecta no solo al proceso donde se proclama, sino también a todas los derechos que la norma derogada alcance.

Ello significa que la ley se expulsa inmediatamente del ordenamiento jurídico sin darle posibilidad al legislador de revisar el texto cuestionado, o de sancionar otra en su lugar; menos aún se puede circunscribir el tema al caso resuelto. Por tanto, la propia sentencia adquiere un valor normativo o "fuerza de ley", como dice el Tribunal Constitucional alemán.

c) *Tienen efectos derogatorios o anulatorios*. Las sentencias derogan la ley, norma o reglamento interpretado. Esta anulación inmediata marca una diferencia muy importante a la hora de trazar distancias con otros modelos y con las implicancias que ello significa.

En primer lugar aparece el problema del efecto temporal, porque la abrogación es consecuencia directa, de manera que produce una laguna legislativa que no es de fácil resolución.

En Europa, señalados los inconvenientes de esta eficacia inmediata del fallo constitucional, llevaron a reglamentar puntualmente el problema. Alemania, en el art. 78 de la ley que regula al Tribunal Constitucional, estableció la doble eficacia de las sentencias, en el sentido de declarar la incompatibilidad con la norma fundamental y la nulidad subsiguiente; sin embargo, cuando la decisión genera "situaciones jurídicas insoportables", muestra cierto nivel de discreción y solo declara la inconstitucionalidad aplicable en el caso, sin resolver la nulidad normativa.

En Austria no se quieren correr riesgos y las sentencias tienen efectos *ex nunc* (hacia el futuro), aunque obliga al canciller federal o al gobernador regional competente a publicar sin demora la derogación. El art. 140.7 reglamentario determina: "anulada una ley como inconstitucional o pronunciada sentencia por el Tribunal constitucional, quedarán vinculados a dicho fallo cualesquiera tribunales y órganos administrativos. Sin embargo, se seguirá aplicando la ley en cuestión a las situaciones de hecho consumadas antes de la

anulación, excepto aquella que haya dado origen al fallo, si el Tribunal Constitucional no hubiere dispuesto otra cosa en su fallo derogatorio. Si el Tribunal Constitucional hubiese fijado en dicho fallo un plazo conforme a lo previsto en el párrafo 5, la ley se aplicará a todos los hechos que se consumen antes a que expire el plazo, con excepción precisamente del caso que dio origen a la sentencia".

El segundo orden de planteos se suscita con el tipo de sentencia emitida. Puede exhortar al Parlamento para que considere los fundamentos del fallo y adopte el temperamento correspondiente; podrá fijar una fecha o tiempo para que se cubra el vacío normativo; hasta puede actuar como legislador y crear el derecho desde la fundamentación de la sentencia, entre otras de las tantas actitudes que puede adoptar conforme se clasifiquen los tipos de sentencias constitucionales.

d) *La sentencia cobra fuerza normativa (propiamente, es casi una ley)*. La duda constitucional puede ser resuelta, a grandes rasgos, con dos tipos de sentencias: las denominadas *estimatorias*, que declaran la inconstitucionalidad, y las *desestimatorias*, que rechazan total o parcialmente la cuestión constitucional. Las primeras tienen varios tipos, y son las que adquieren carácter vinculante y fuerza legal propia.

Las sentencias constitucionales trascienden la doctrina legal, que es la característica de las sentencias pronunciadas por jueces del sistema difuso.

La llamada legislación negativa propia del pronunciamiento anulatorio de la ley, en los hechos, ha cambiado con el tiempo y la evolución de los tribunales constitucionales. Hoy podría decirse que son creadores de normas jurídicas.

e) *La sentencia constitucional hace cosa juzgada en la parte dispositiva y en los fundamentos acordados*. La cosa juzgada constitucional difiere de la *res judicata* ordinaria (procesos comunes). Mientras la primera tiene efectos materiales y permanentes solamente cuando la sentencia es estimatoria (en caso contrario, la cosa juzgada es formal y admite cuantos replanteos se formulen); la segunda se extiende y proyecta a todas las cuestiones de hecho y de derecho que hubieran sido debatidas.

Además, la construcción de la cosa juzgada constitucional involucra los fundamentos de la sentencia, mientras que los fallos del sistema difuso la *res judicata* únicamente está en la parte dispositiva.

Por otra parte, la cosa juzgada constitucional no es jurisprudencia propiamente dicha, sino doctrina constitucional que expone, desde la decisión y sus fundamentos, la más pura y genuina interpretación de la norma fundamental del Estado.

En el sistema americano, la revisión judicial de la legislación adquiere, desde la doctrina del precedente obligatorio (*stare decisis*) y el efecto *erga omnes*, un alcance aproximado, que no tiene nuestro país, al tener únicamente los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación un valor ejemplificativo.

f) *Actúa como una casación constitucional.* Finalmente, las sentencias de los tribunales constitucionales actúan como una verdadera casación. Llevan la impronta de la naturaleza jurídica de estas actuaciones, sea como depuración y

uniformidad en los criterios de interpretación, o como reaseguro del principio de igualdad y seguridad jurídica.

Éste es el sentido de la eficacia *erga omnes*, y al mismo tiempo refleja la creación del derecho desde la interpretación constitucional.

Quizá esta singularidad sea el meollo principal de las actividades que concretan los tribunales constitucionales. Las reservas de otrora que afincaban en observar su actuación como un "legislador negativo" han cambiado para advertir la tarea de recreación y armonía que celebran permitiendo la aplicación efectiva y concreta de las disposiciones constitucionales.

Por eso en los modelos de sentencias es preciso reconocer la dinámica que llevan sus decisiones (interpretativas, aditivas, manipulativas, sustitutivas, constructivas, apelativas, etcétera) que los configuran como legislador positivo, porque la sentencia constitucional no se limita a suprimir el precepto legal contrario a la Constitución, sino que incorpora una norma nueva al ordenamiento. Con esta lectura, hasta las propias fuentes del derecho se trastrocan.

Osvaldo A. Gozaíni

Estado constitucional de derecho

El Estado constitucional de derecho es una categoría teórica de viejo cuño adoptada en el ambiente jurídico alemán decimonónico que en la actualidad ha adquirido nuevos significados. Suele ser identificado como un eslabón más en la evolución de la categoría Estado de derecho, de la cual sería una de sus manifestaciones —quizá la más elaborada— por su capacidad para conjugar las aportaciones del constitucionalismo como movimiento histórico y agregativo en pos de los derechos y su protección más eficaz, y sintetizar las diversas tradiciones y experiencias constitucionales desarrolladas a partir de las revoluciones francesa y americana.

El Estado de derecho, como concepto desprovisto de adjetivos, ha sido sometido a un constante proceso de perfeccionamiento. En sus orígenes, con esta categoría se intentaron plasmar los postulados racionalistas kantianos en el ámbito de la teoría del Estado y del derecho (Bockenforde, 2000). Surge en el marco de la teoría del Estado del liberalismo alemán, como contrapunto a otras formas de Estado, específicamente contra el Estado absoluto y el Estado de policía. Su postulado esencial consistió en la eliminación de la arbitrariedad del Estado en sus relaciones con los ciudadanos (Zagrebelsky, 1995). El Estado de derecho, entendido de tal manera, es tributario de la tradición constitucional liberal más conspicua; sin embargo, su escueta denotación inicial, sobre todo en lo referente a los contenidos a los que deberían sujetarse los actos del Estado, determinó, en opinión de Zagrebelsky, que tal denominación pudiera ser aplicada a cualquier forma de Estado en la que, en principio, estuviera excluida la arbitrariedad, vía la determinación de su actividad mediante ley, cualquiera que fuera el contenido de la misma. Esta idea de Estado de derecho coincide con el modelo que Ferrajoli denomina "Estado formal de derecho" consistente en "cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y los procedimientos legales establecidos" o "aquellos ordenamientos jurídicos modernos, incluso

los más anti liberales, en los que los poderes tienen una fuente y una forma legal" (Ferrajolli, 2001). Con el tiempo, el Estado formal de derecho se materializó bajo la forma de Estado legislativo de derecho, que operó bajo el imperio del principio de legalidad como criterio exclusivo de existencia y validez del derecho. El papel central de la ley en este modelo de Estado generaría, como lógica consecuencia, la reducción del derecho a la ley y la prevalencia de la ley por sobre las restantes fuentes del derecho. En cuanto a la relación entre ley y Constitución en el modelo descrito, la Constitución se asemejaría más a una carta de navegación o a un programa político cuyas concreciones normativas deberían ser realizables a través de la inexcusable intermediación legislativa. De esta forma se negó a la Constitución toda fuerza normativa y, en definitiva, su carácter de norma suprema. El modelo cercenó la fuerza *jurígena* de la Constitución y le restó entonces capacidad como parámetro de control sobre los contenidos legislativos. Ferrajoli sintetiza este proceso con contundencia: en el Estado legislativo de derecho se produjo *la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho positivo.* El modelo en cuestión, centrado entonces en el principio de legalidad, se decantó, en lo que a la labor judicial se refiere, en la justiciabilidad de la administración y en el control de la legalidad de sus actos, lo que implicó, naturalmente, que el parámetro de control para dicha actuación fuera la ley.

Los trágicos sucesos acaecidos durante la Segunda Guerra Mundial evidenciaron las insuficiencias del modelo descrito asentado, por un lado, en criterios formales de validez del derecho y, por el otro, en una idea de democracia también formal o unidimensional. Los diseños institucionales europeos de la Segunda posguerra fueron concebidos y diseñados para robustecer los límites a las decisiones mayoritarias a través de diversas vías; por un lado, la asunción de un nuevo entendimiento de la Constitución como receptáculo de derechos que deberían operar como límites sustanciales a las decisiones mayoritarias; por otro lado, que tales Constituciones sean rígidas, es decir, inmunes a las reformas por medios ordinarios y, por último, el establecimiento de mecanismos de control jurisdiccional de constitucionalidad, mediante los cuales se escrutaría ya no solo los aspectos formales del proceso de producción de las leyes, sino además el contenido de las mismas. En este escenario, la ley, como parámetro de control, cede su espacio a la Constitución y se subordina a las formas y contenidos establecidos en ella. Ferrajoli sintetiza los principales cambios en el tránsito del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho. Primero, cambian las condiciones de validez de las leyes, pues ésta ya no se colma con cumplir los requerimientos de producción; en el nuevo modelo es preciso, además, la adecuación entre contenidos constitucionales y legales. En segundo lugar, transforma las finalidades de la ciencia jurídica, pues las divergencias entre Constitución y ley obligan al jurista no ya solo a desempeñar un papel meramente explicativo sino además, crítico. En tercer lugar, se modifica sustancialmente el rol del juez, quien en el nuevo modelo asume un papel central consistente en aplicar las normas que superen el escrutinio constitucional y en desaplicar o invalidar aquellas que no lo logren. Por último, nos dice Ferrajoli, se produce una profunda transformación en la naturaleza de la democracia, pues la subordinación de la ley

a la Constitución a través de límites formales, pero sobre todo sustanciales, implica la introducción de la dimensión sustancial de la democracia; para el modelo ya no solo es importante quién decide y cómo se decide, sino además qué se decide. En el Estado constitucional de derecho se actualiza la pérdida de centralidad del principio de legalidad y su reemplazo por el principio de constitucionalidad.

El Estado constitucional de derecho implicaría entonces asumir ciertas ideas respecto a la Constitución y cómo debe ser preservada. En cuanto a lo primero, la Constitución se asume como suprema, es decir, como cúspide del ordenamiento jurídico; en segundo lugar, posee carácter normativo, es decir, fuerza normativa, y deja así de ser entendida como un programa político; asimismo, goza de aplicabilidad directa, lo que implica asumir, parafraseando a Sagüés, que la Constitución ya no regirá con el permiso del legislador; establece derechos, civiles, políticos, pero también sociales, a esto se refiere Prieto Sanchís cuando apunta que las Constituciones del Estado constitucional se caracterizan por un *denso contenido normativo;* debe estar excluida del ámbito de las decisiones políticas ordinarias, es decir, debe estar dotada de algún grado de rigidez. Por último, el sistema debe establecer garantías judiciales para mantener la indemnidad de la Constitución. Esta última nota, es decir, la incorporación de la garantía jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes y actos, es determinante para la conformación del modelo Estado constitucional de derecho. En tal sentido, García Pelayo sostiene que el Estado constitucional de Derecho adquiere forma y entidad en varios países europeos de la Segunda posguerra con el establecimiento de tribunales constitucionales, es decir, con el desarrollo de una jurisdicción contencioso-constitucional que permitiera hacer operativos los postulados constitucionales (García Pelayo, *Obras completas*). Sintetizando lo dicho hasta el momento, en el Estado legal de derecho operó bajo el principio de legalidad que implicó la prevalencia de la ley por sobre los restantes actos estatales que debían adecuarse a sus contenidos. Esta adecuación sería garantizada por tribunales cuya función sería entonces garantizar la legalidad de los actos de la administración. En el Estado constitucional de derecho opera el principio de constitucionalidad, caracterizado por la primacía de la Constitución por sobre incluso la propia ley y por el funcionamiento de una jurisdicción constitucional que velaría por la conformidad de todos los actos del Estado, incluida la propia ley, con la Constitución (García Pelayo, 1991).

Así, la justicia constitucional es un elemento constituyente del Estado constitucional de derecho. Sentadas estas ideas, es necesario aclarar que el modelo aquí descrito, no tiene por preferido un modelo específico de justicia o jurisdicción constitucional, es decir, no establece que el modelo que mejor cumple con esta garantía es el europeo, caracterizado por la existencia de tribunales constitucionales o el llamado americano, caracterizado por la inexistencia de la nota de concentración y por la facultad de todos los jueces de realizar dicha labor. Una hojeada a los diversos sistemas jurídicos que han desarrollado mecanismos de garantía jurisdiccional nos permite apreciar la diversidad de sistemas y mecanismos de control existentes, aunque todos compartan la misma finalidad. García Pelayo ofrece una nómina de las diversas

formas de articular la jurisdicción constitucional y los órganos encargados de ejercerla: 1. Jurisdicción constitucional descentralizada y no especializada: cualquier juez puede realizar el control de constitucionalidad; 2. Jurisdicción descentralizada y especializada: solo un órgano especializado puede juzgar la adecuación de los actos con la Constitución federal, y otros tribunales superiores locales pueden ejercer el control en relación con las Constituciones que rigen en sus ámbitos, como es el caso de Alemania; 3. Jurisdicción centralizada y no especializada: solo un tribunal no especializado entiende en la materia de constitucionalidad; 4. Jurisdicción centralizada y relativamente especializada: este modelo se presenta cuando el control de constitucionalidad es encomendado a una sala de una corte o tribunal supremo, y 5. Jurisdicción especializada y centralizada, se presenta cuando un tribunal ejerce el control constitucional de manera única y para todo el país (García Pelayo, 1991). La categorización realizada por García Pelayo, así como la distinción entre modelos europeo y americano, ha perdido algo de su fuerza explicativa, pues el desarrollo de los diseños originarios y la expansión de la justicia constitucional han generado que las notas primigenias u originarias de cada modelo se combinen, generando modelos mixtos más complejos y por tanto de difícil clasificación. Más allá de los diseños y clasificaciones, lo esencial es comprender que la garantía jurisdiccional de la Constitución es una nota entitativa del modelo llamado Estado constitucional de derecho, pues permite actualizar el principio de constitucionalidad bajo el cual opera.

En la actualidad, nuestro modelo de Estado enfrenta colosales desafíos. El debilitamiento de la soberanía estatal se manifiesta en diversos frentes. Por un lado, la pérdida de eficacia de los contenidos constitucionales generada por el influjo de la política y la economía ha motivado, en opinión de Ferrajoli, la necesidad de pensar en términos constitucionales pero fuera del marco del Estado-nación. El camino parece ser el de la generación de un constitucionalismo regional o mundial. En esta senda, los sistemas regionales de protección de derechos humanos que establecen un *corpus iuris* en la materia y jurisdicciones transnacionales establecen límites para la actuación estatal, al tiempo que potencian los contenidos sustantivos del Estado constitucional.

Juan Manuel Acuña

Estado laico

La característica principal de esta forma de organización estatal —indispensable para la existencia de la democracia— se sintetiza en la siguiente idea: separar el Estado de la Iglesia, o el poder político del poder religioso. Se trata de una separación que en los hechos puede adquirir diversas modalidades pero que solo se verifica cuando ambas esferas mantienen una recíproca autonomía. En el plano teórico son útiles algunas tesis de John Locke para entender el sentido de esta emancipación simultánea: es menester "distinguir el interés de la sociedad civil y de la religión y (deben) establecerse las fronteras que separan a la Iglesia y al Estado" porque "si esta separación no se lleva a cabo, es imposible resolver los conflictos entre las personas que desean, o que fingen desear, la salvación del alma y la del Estado".

La separación es sana para las dos entidades involucradas: el Estado, separado de la Iglesia, cuenta con la autonomía necesaria para fundar sus mandatos en fuentes de legitimidad políticas; la Iglesia, separadas del Estado, siempre que respete los derechos de las personas y las normas de interés público, puede delinear las reglas que moldean las conductas de sus fieles en un ámbito de autonomía. Desde esta perspectiva, el principio de la separación entre el estado (el poder político) y la Iglesia (el poder religioso) es valioso en las dos direcciones y debería ser salvaguardado por ambas instancias. Además, en contextos de pluralidad religiosa —en los que existen diversas religiones y/o iglesias— la separación es condición de no discriminación porque otorga legitimidad a todas las manifestaciones religiosas en igualdad de condiciones, e impone al Estado el deber de velar por su convivencia pacífica. En un Estado laico, entonces, ninguna iglesia o religión debe tener una posición privilegiada ni recibir un trato especial.

Los ejes cardinales del Estado laico pueden, entonces, sintetizarse de la siguiente manera: el Estado no debe discriminar ni privilegiar a ninguna expresión religiosa, sino que debe generar las condiciones de coexistencia pacífica entre todas las religiones e Iglesia; ninguna religión o Iglesia debe recibir un trato privilegiado; ninguna religión o Iglesia debe imponer sus dogmas o normas a la colectividad política (pecado y delito deben distinguirse, decía Beccaria); todas las religiones y la Iglesia deben someterse a las normas constitucionales y legales vigentes; el Estado debe contener las pulsiones hegemónicas de esta o aquella religión o Iglesia en donde las mismas existan.

Pierluigi Chiassoni ofrece una puntualización de estas premisas partiendo de la tesis de que en un Estado laico las asociaciones religiosas deben ser consideradas asociaciones privadas como cualquier otra. Esto se traduce en los siguientes principios propios del Estado laico:

1. Principio de la neutralidad negativa del Estado (principio de no-intervención negativa) que implica que, salvo algunos casos extremos, el Estado no debe prohibir actos de culto, individuales o de grupo, en aras de garantizar la libertad religiosa de las personas; 2. Principio de la neutralidad positiva del Estado (principio de no-intervención positiva) que "impone al Estado omitir cualquier ayuda o subvención, directa o indirecta a favor de las religiones y sus organizaciones";

3. Principio de la libertad de apostasía que "establece la igual dignidad jurídica del ateísmo";

4. Principio de neutralidad de las leyes civiles frente a las normas morales religiosas que "impone la separación entre derecho y normas éticas normativas religiosas".

Teóricamente resulta atinado afirmar que cuando estos cuatro principios se encuentran debidamente garantizados estamos ante un Estado laico en sentido pleno. Un Estado que no prohíbe ni persigue a las religiones (garantizando así el derecho fundamental a la libertad religiosa); que no subvenciona ni ofrece tratos preferenciales a las iglesias (entiéndase: a ninguna de ellas); que respeta, en igualdad de condiciones, a los creyentes de las diferentes religiones y a los no creyentes (agnósticos, ateos, apostatas, etcétera) y que garantiza la laicidad del derecho, es un Estado laico. Sin embargo, como suele suceder

con todos los modelos teóricos, la distancia entre los principios teóricos y la realidad práctica es inevitable, por lo que existen Estados modernos, constitucionales y más o menos democráticos que no observan todos los principios a cabalidad.

Esto es interesante si miramos, por ejemplo, a los Estados latinoamericanos porque existen importantes diferencias en la manera en que las Constituciones de los países de la región regulan las relaciones entre el Estado y las Iglesia o religiones. El art. 2o. de la Constitución argentina, por ejemplo, señala que "El Gobierno Federal sostiene el culto católico, apostólico, romano." Algo similar sucede en Perú, en donde la Constitución fue promulgada "invocando a Dios Todopoderoso", y también otorga un lugar especial a la religión católica en su art. 50: "Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración". Sin embargo, lo cierto es que ambas Constituciones reconocen legitimidad a otras religiones y respetan la libertad de conciencia y religión.

Estas normas contrastan de manera significativa con lo que señala la Constitución mexicana en su art. 40: "Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal...". Esta disposición debe leerse de manera complementaria con el art. 24 que garantiza la "libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión"; con el art. 3o. que garantiza la laicidad de la educación pública, y con el art. 130 que establece las reglas y límites que materializan el "principios histórico de la separación del Estado y las iglesias" en México. El arreglo mexicano se encuentra más próximo al colombiano, en donde, según el art. 19 constitucional, "se garantiza la libertad de cultos"; "toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva" y "todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley." El Tribunal Constitucional de ese país ha ofrecido una clasificación de los Estados en esta materia útil e interesante:

1. Estados confesionales sin tolerancia religiosa son aquellos que establecen una religión oficial, cuyos contenidos son jurídicamente obligatorios. Prohíben o discriminan las religiones diferentes a la oficial, como son los Estados cristianos medievales, las Monarquías absolutas y algunos países musulmanes.

2. Estados confesionales con tolerancia o libertad religiosas, en los cuales existe una religión oficial pero no se rechazan las demás religiones. La existencia de una religión oficial no implica que sus contenidos normativos se vuelvan mandatos jurídicos obligatorios para todos. Existen dos variantes: *a)* las religiones diversas a la oficial son toleradas sin plena libertad de ejercicio, como el Estatuto Albertino Italiano de 1870 establecía que la religión católica era "la única religión del Estado. Los demás cultos ahora existentes son tolerados conforme a las leyes" y *b)* el carácter oficial de una religión coexiste con una plena libertad religiosa y ausencia de discriminación, como en Inglaterra la religión anglicana tiene carácter oficial pero hay plena libertad religiosa. Israel es una nación religiosa tolerante, pues si bien el judaísmo es su religión oficial, en principio se protege la libertad religiosa de todas las confesiones.

3. Estados de orientación confesional o de protección de una religión determinada en los cuales si bien el Estado no necesariamente establece una religión oficial, procura un régimen jurídico que reconozca el hecho social e histórico del carácter mayoritario de una o más confesiones religiosas a las cuales les confiere cierta preeminencia, como ejemplos tenemos los actuales ordenamientos constitucionales en España e Italia, pues aunque hay plena libertad religiosa y no se establece una religión oficial, se reconocen prerrogativas al catolicismo.

4. Estados laicos con plena libertad religiosa. No hay una religión oficial y los sistemas jurídicos no tienen influjo alguno de instituciones propias de alguna confesión. Existe entonces una estricta separación entre la Iglesia y el Estado porque la propia consagración de la normativa constitucional de naturaleza axiológica y principialista establece la igualdad entre todas las confesiones religiosas. Se reconoce el hecho religioso y se protege la libertad religiosa, pero desde un principio de neutralidad positiva y negativa por parte del Estado, por ejemplo, Estados Unidos, Francia y Turquía.

5. Estados ateos que toleran las prácticas religiosas que no se oponen con las seculares u oficiales, pero no garantizan jurídicamente la libertad religiosa ni la libertad de cultos. Se pueden presentar diversos grados de hostilidad hacia los fenómenos religiosos.

Como puede observarse, solo la modalidad del "Estado laico" reúne los principios teóricos propuestos por Chiassoni, y es el único arreglo que ofrece de manera simultánea: *a)* libertad de conciencia y libertad religiosa; *b)* reconocimiento igualitario a todas las confesiones religiosas; *c)* por lo mismo, garantías de no discriminación por motivos de creencias, y *d)* laicidad del derecho. Se trata del arreglo idóneo para reconocer carta de identidad a la diversidad y a la pluralidad características de nuestras sociedades y para asentar las instituciones que permiten la convivencia pacífica. Por lo mismo, se dice que la laicidad es una condición necesaria —que no suficiente— para la existencia de una verdadera democracia.

Pedro Salazar Ugarte

Estándar de racionalidad

La expresión estándar de racionalidad significa la existencia de un parámetro objetivo para determinar la constitucionalidad de una ley o acto que es sometido a la valoración de un órgano jurisdiccional o un juez.

No debe confundirse con el término ponderación, pues mientras que éste se refiere al balance de normas para llegar a una *conclusión correcta*, estándar de racionalidad hace referencia al nivel de deferencia o acatamiento que se utilizará para advertir la validez de una norma. Al utilizar un estándar de racionalidad se asume, *a priori*, una posición con respecto a la constitucionalidad de una norma.

En revisión constitucional existen dos posiciones o metodologías jurídicas extremas: el examen de racionalidad (*rational basis test)* y el escrutinio estricto (*strict scrutiny)*. El examen de racionalidad surgió originalmente como un examen de medios-fines, utilizado por primera vez por la Suprema Corte de

los Estados Unidos en el caso *McCulloch vs. Maryland* en 1819. No obstante, la actual forma del examen de racionalidad apareció en 1938 en el caso *United States vs. Calonene products CO.,* en el que el examen de racionalidad se separó del escrutinio estricto.

El examen de racionalidad (*rational basis test*) es, en el ámbito constitucional, el más bajo de los tres niveles de escrutinio aplicado por las cortes al considerar asuntos de constitucionalidad, incluyendo el debido proceso y la igual protección garantizados por la Cuarta Enmienda y la Quinta Enmienda. Cuando un tribunal concluye que no está en riesgo una libertad fundamental, se presume que la ley es constitucional, a menos que no pase el examen de racionalidad básica. Bajo este examen, el órgano jurisdiccional confirmará la decisión si está relacionada racionalmente a un propósito legítimo del gobierno. Es decir, la decisión en cuestión está racionalmente ligada a una razón gubernamental legítima que lo justifica. Quien controvierta la constitucionalidad del estatuto tiene la carga de probar que no existe un propósito legítimo, creíble o que la ley no se relaciona con éste. Tal examen o estándar es el más deferencial, o menos riguroso, de revisión en el análisis del debido proceso o de igual protección, y solo necesita un mínimo de escrutinio judicial. Por ejemplo, los tribunales aplican un examen de racionalidad para analizar la constitucionalidad de disposiciones que involucren discriminación por edad, por discapacidad o la regulación del Congreso sobre los extranjeros.

El escrutinio estricto (*strict scrutiny*) se refiere al nivel más riguroso de revisión legal y constitucional. Con esta metodología, para determinar si una decisión aprueba el examen, ésta se considera inválida a menos que el gobierno pueda demostrar un interés obligado (necesario o ineludible) que le justifique. De pasar este examen es porque el órgano jurisdiccional considera que el gobierno tiene un interés legítimo para tomar o aplicar una decisión, aun cuando se crea que dicha decisión fue creada específicamente para alcanzar los objetivos del gobierno y que existen menos coercitivos para alcanzarlos. En la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, la naturaleza del interés en juego determina el nivel de escrutinio aplicado. Cuando los tribunales emplean el examen de racionalidad, solo las decisiones más atroces —aquellas que no se relacionan racionalmente con el interés legítimo del gobierno— son echadas abajo.

Marcos Francisco del Rosario Rodríguez

Estatuto de la Corte Interamericana

La idea de establecer una Corte para proteger y hacer vigentes los derechos fundamentales en las Américas surge de la expansión de los medios de tutela nacionales hacia el derecho internacional de protección jurisdiccional subsidiaria y reforzada de los derechos humanos. Es en la Novena Conferencia Internacional Americana (Bogotá, Colombia, 1948) cuando se adoptó la Resolución XXXI denominada "Corte Interamericana para Proteger los Derechos del Hombre", en cuyo texto se consideró que la protección de esos derechos "debe ser garantizada por un órgano jurídico, como quiera que no hay derecho propiamente asegurado sin el amparo de un tribunal competente".

En consecuencia, encomendó al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de un proyecto de Estatuto para la creación de una Corte Interamericana destinada a garantizar los derechos del hombre.

El Comité Jurídico Interamericano, en su Informe al Consejo Interamericano de Jurisconsultos del 26 de septiembre de 1949, consideró que la "falta de derecho positivo sustantivo sobre la materia" constituía "un gran obstáculo en la elaboración del Estatuto de la Corte". Que lo aconsejable sería que una Convención que contuviera normas de esta naturaleza precediera al Estatuto, y que el Consejo de Jurisconsultos debería proponer tal solución a la Décima Conferencia Interamericana.

La Décima Conferencia Internacional Americana (Caracas, Venezuela, 1954), en su Resolución XXIX "Corte Interamericana para Proteger los Derechos Humanos", remitió a la Undécima Conferencia la consideración sobre ese asunto para que tomara una decisión con base en los estudios que al respecto hubiera realizado el Consejo de la Organización de Estados Americanos.

La Conferencia encomendó al Consejo que continuara con dicha tarea sobre la base de los proyectos ya existentes y a la luz de sus propias experiencias. La Undécima Conferencia, sin embargo, nunca llegó a celebrarse.

Posteriormente, la Quinta Reunión de Consulta (1959), en la parte primera de la resolución sobre "Derechos Humanos", encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un proyecto sobre la creación de una "Corte Interamericana de los Derechos Humanos" y, al unísono, otros órganos adecuados para la tutela y observancia de tales derechos.

Como se señaló, el Consejo de Jurisconsultos elaboró un proyecto de Convención sobre Derechos Humanos que preveía la creación y funcionamiento de una Corte y una Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el que fue sometido a consideración de la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria y luego enviado al Consejo de la Organización con el encargo de que lo actualizara y completara. El Consejo recibió la directiva de escuchar previamente a la Comisión de Derechos Humanos y a otros órganos y entidades que estimara conveniente, para enseguida convocar a una Conferencia Especializada Interamericana.

El 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada reunida en San José de Costa Rica se adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por la que se crea una Corte Interamericana (Capítulo VII de la Parte II). No obstante, tuvieron que pasar cerca de diez años para que quedara formalmente instalada (3 de septiembre de 1979) en esa misma sede. Lo que aconteció una vez que entró en vigor la Convención Americana (18 de julio de 1978), al haber sido depositado el undécimo instrumento de ratificación por un Estado miembro.

Durante el Noveno periodo ordinario de sesiones, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, celebrada en La Paz, Bolivia, en 1979, aprobó el Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Resolución 448) y entró en vigor hasta el 1o. de enero de 1980. Así queda definida la Corte como una "institución judicial autónoma".

Este instrumento internacional en materia de derechos humanos ha sido publicado en los idiomas castellano, francés, inglés y portugués. Tiene carácter vinculante dentro de un escenario regional (Américas), pues está circunscrito a los miembros de dicha organización. Aunque solo 21 países de los 34 Estados miembros han ratificado la Convención Americana y aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte. A través del mismo se regula la composición, funciones, sede, competencia y funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este ordenamiento está compuesto por siete capítulos que contienen un total de 32 arts. El primer capítulo, relativo a las disposiciones generales, consta de tres arts. que comprenden la naturaleza y régimen jurídico, competencia y funciones, así como la sede de la Corte. El segundo capítulo corresponde a la composición de la Corte, y abarca de los arts. 4 a 11, referentes a la integración, mandato de los jueces, fecha de la elección de los jueces, candidatos, elección, procedimiento previo, votación, jueces *ad hoc* y juramento.

El tercer capítulo versa sobre la estructura de la Corte (arts. 12-14) y se ocupa de la presidencia, precedencia y secretaría de dicho órgano. Por su parte, el cuarto capítulo desarrolla, en los numerales 15 a 21, los derechos, deberes y responsabilidades, en particular, los temas de inmunidades y privilegios, disponibilidad, emolumentos, incompatibilidades, impedimentos, excusas e inhabilitación, responsabilidades y régimen disciplinario, renuncias e incapacidad.

En el capítulo quinto relativo, al funcionamiento de la Corte que comprende los arts. 22 a 26, se determinan las sesiones, quórum, audiencias, deliberaciones y decisiones, reglamento y normas de procedimiento, así como el presupuesto y régimen financiero.

En el sexto capítulo, atinente a las relaciones con Estados y organismos, los arts. 27 a 30 del Estatuto establecen los siguientes temas: relaciones con el país sede, con estados y organismos, relaciones con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, acuerdos de cooperación, informe a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Por último, el capítulo séptimo, relativo a las disposiciones finales, contiene en los arts. 31 y 32 las reformas al Estatuto y la vigencia.

Jorge Meza Pérez

Eutanasia

Comencemos que el concepto de eutanasia es un neologismo. Se encuentra por primera vez en la historia en la obra de Francis Bacon, titulada: *Historia vita et mortis* (Serrano Ruiz-Calderón, J. M., *Eutanasia y vida dependiente*). El filósofo inglés la utilizó para referirse al homicidio compasivo, asistido médicamente, de los pacientes que sufrían gravemente. En nuestra lengua, la entrada del vocablo es bastante reciente. Data, según Juan Corominas (*Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*), de 1925.

Es bien conocida la etimología griega de este término: *eu*, que significa bueno, y *thanatos*, que significa muerte. Sin embargo, su significado es sumamente equívoco porque se encuentra ideologizado. Para los antiguos, la "bue-

na muerte" por antonomasia era la de Sócrates, quien sacrifica su vida por un bien superior: la verdad. Para los medievales, por otra parte, una muerte digna es la que corona una vida de logros. El medieval no quería morir repentinamente; antes bien, quería ir preparando su muerte en el continuo sacrificio por los ideales, lo que constituía un auténtico *ars mortis* (o arte de morir). Para nuestra cultura, en cambio, la muerte se ha convertido en un tabú, mientras menos se hable de ella, mejor. La reflexión sobre el propio fenecimiento se ha vuelto incómoda. "Así, por ejemplo, y respecto a la conciencia en el momento de la muerte, mientras que el ideal medieval fue la muerte consciente y el horror estaba representado por la muerte súbita, en el presente el ideal es la muerte indolora y, a ser posible, sin enterarse" (Corominas, Juan, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*). La mejor muerte para nuestra cultura es la que llega repentinamente y de forma definitiva.

La "buena muerte", en su acepción contemporánea, tiene que ver mucho con el concepto moderno de libertad. Si el único derecho absoluto es la libre voluntad, entonces, debe existir un derecho a decidir sobre la propia muerte en caso de necesidad. Es decir, la base fundamental de la eutanasia es el poder irrestricto de disponer de la propia vida. De ahí que algunos autores sustituyan el término eutanasia por el de "suicidio asistido" o "suicidio pusilánime".

La actual utilización del término eutanasia es muy reducida. Es curioso que en ninguna de sus modernas acepciones "se remita a la culminación de la vida, a la imagen que el hombre deja en la memoria de los hombres, o incluso a la coherencia con algún valor libremente asumido" (*EVD*). Todo esto podría verse en la idea de buena muerte clásica, pero difícilmente en una eutanasia del presente.

Es difícil encontrar una definición contemporánea de eutanasia, debido a que se la ha intentado definir desde diversas ciencias, lo que trae como consecuencia un acento en tal o cual aspecto parcial. Analizaremos algunas definiciones que, a nuestro modo de ver, reúnen los elementos necesarios para una definición integral de la eutanasia.

La primera es la que da el profesor Jesús Ballesteros: "muerte provocada de modo activo o pasivo para evitar los sufrimientos del enfermo" (*Ortotanasia: El carácter inalienable del derecho a la vida*). Enrique Sánchez nos dice que eutanasia son "aquellas intervenciones —mediante acciones u omisiones— que en consideración a una persona, buscan causarle la muerte para evitar una situación de sufrimiento, bien a petición de éste, bien al considerar que su vida carece de la calidad mínima para que merezca el calificativo de digna" (*La eutanasia ante la moral y el derecho*). Ana María Marcos del Cano, por su parte, define la eutanasia como "la acción u omisión que provoca la muerte de una forma indolora a quien, sufriendo de una enfermedad terminal de carácter irreversible y muy dolorosa, la solicita para poner fin a sus sufrimientos". Mencionaremos, por último, la definición de Edmund D. Pellegrino, quien acentúa el lado activo de la eutanasia y la inclusión expresa del personal médico: "la muerte intencional de un paciente por un médico, con el consentimiento del paciente, sin el consentimiento por ser éste imposible, o cuando el consentimiento es posible pero no se solicita" (*Doctor must not kill*, *The Journal of Clinical Ethics*).

Sergio Cotta, en su artículo *Aborto ed Eutanasia: un confronto*, exige de una definición de eutanasia cuatro condiciones: 1. Que sea decida voluntariamente por el sujeto; 2. Que sea reclamada de un tercero; 3. Que no sea configurable como el rechazo de medios curativos extraordinarios o inciertos respecto a su capacidad curativa, y 4. Que no sea configurable como eutanasia lenitiva, es decir, consecuencia del uso de fármacos con funciones puramente antidoloríficas y no curativas (*Dirritto e corporeitá*).

Destaca de este bloque de definiciones, por un lado, el carácter voluntario de la eutanasia y, por otro, su carácter de pasiva o activa. En el caso de la voluntariedad, ésta puede ser bien la de la propia persona que sufre o la del un tercero, normalmente un pariente cercano, para el caso de que el propio afectado no pueda ejercerla. Hay, como se ve, una sustitución de la voluntad. De ahí que también se distinga entre la eutanasia voluntaria e involuntaria. En el caso de la actividad o pasividad del homicidio compasivo se hace referencia a los actos positivos que el personal médico realiza para acarrear la muerte, o las omisiones, causándole igualmente la muerte.

De lo anterior podemos deducir cuatro tipos de eutanasia: la activa voluntaria, la activa involuntaria, la pasiva voluntaria y la pasiva involuntaria.

José Luis Soberanes Fernández

Excepción/cuestión de inconstitucionalidad

Cuando en el curso de un proceso, el juez, de oficio o a petición de parte, duda de la constitucionalidad (o estima inconstitucional de conformidad con el ordenamiento) de una norma aplicable al caso pendiente (y/o de cuya validez dependa la resolución final y/o dependa la definicion del proceso) podrá suspender el juicio y proponer la correspondiente excepción/cuestión de inconstitucionalidad a la corte o al tribunal constitucional. Técnicamente, por tanto, el juez *ad quo* individualiza una cuestión prejudicial (de constitucionalidad) que no puede resolver *incidenter tantum,* por lo que se encuentra obligado a la suspensión del procedimiento en espera de la resolución del juez competente, en este caso, de la corte o del tribunal constitucional. Consecuentemente, en primera instancia, la excepción/cuestión de inconstitucionalidad se identifica como una vía de acceso a aquellos órganos de justicia constitucional establecidos *ad hoc,* en contraposición a la vía directa a tráves del recurso interpuesto por órganos específamente establecidos por la ley o la Constitución (véase control difuso de constitucionalidad). Mientras estos últimos impugnan una disposición "sobre la carta" (en los Estados Unidos se diría *on its face*), la ocasión para promover la cuestión de inconstitucionalidad se encuentra en la aplicabilidad de la norma al interior de un proceso ordinario dirigido a la solución de un caso concreto (véase control concentrado de constitucionalidad).

Para la doctrina, este sistema representa un verdadero y propio modelo híbrido de control de constitucionalidad, definido como incidental, que vincula el elemento de la concentración del control con el de la difusión de la iniciativa (véanse modelos). El *nomen* elegido, no obstante, puede generar desconcierto sobre la clasificación de los ordenamientos. De hecho, el carácter incidental se ha reconocido inicialmente a los sistemas de control difuso, como

el estadounidense, en donde el juez es técnicamente competente para resolver la cuestión *incidenter tantum* (Calamandrei). Al interior de esta modalidad se encuentran las experiencias italiana, alemana y española, a las que se han agregado recientemente casi todos los países de Europa del este y muchos de América Latina, hasta acabar con la reforma constitucional francesa de 2008, que ha introducido la cuestión incidental en el contexto de violaciones a los derechos y libertades constitucionales elevadas por la casación y el Consejo de Estado. Empero, la doctrina comparada se muestra crítica respecto a los modelos tradicionales, ya que, de hecho, tiende a descubrir en el funcionamiento real de los sistemas incidentales un elemento distintivo adicional respecto a las diferentes vías de acceso, que no puede caracterizar en sí mismo un modelo autónomo en función de que ningún ordenamiento con control concentrado lo prevé como el único instrumento de acceso al órgano de justicia constitucional.

Silvia Bagni
(traducción de César Astudillo)

F



Facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

La expresión "facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación" tiene diversas significaciones. Por un lado, puede entenderse como un mecanismo de control de la constitucionalidad porque vigila que los actos de autoridad se ajusten al texto constitucional; formalmente es judicial ya que los conflictos que se dirimen son resueltos por un órgano calificado para realizarlo, con las características de imparcialidad, objetividad e independencia, es decir, por un órgano judicial y jurisdiccional. De la misma forma, puede entenderse como un procedimiento administrativo porque el resultado no culmina en una resolución judicial, sino en un mero informe con "peso moral especial". Las resoluciones judiciales forman parte de los actos de los órganos jurisdiccionales y deben diferenciarse de los actos de ejecución y de los actos de administración que resuelven de manera definitiva una controversia, y que pueden ser estimatorios cuando le otorgan la razón al demandante, ya sea un particular o una autoridad, es decir, la pretensión se estima y con ello se validan las peticiones que se solicitan, y desestimatorias o absolutorias, en el supuesto de que se consideren infundadas las pretensiones que hace valer el actor o la autoridad, pero también pueden ser mixtas, en donde se reconocen parcialmente las pretensiones de ambas partes.

En este procedimiento, el desarrollo y la culminación de la investigación no se concluye con una resolución judicial en los términos vertidos, sino que se integra un informe con todas las actuaciones realizadas, pero a manera de recomendación, es decir, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en este proceso solo se limitaba a pronunciarse sobre la suficiencia de la investigación; determinar si existieron violaciones graves a las garantías individuales; señalar a las autoridades involucradas en dichas violaciones, y determinar los órganos y autoridades competentes para actuar en el caso, así como los demás elementos que el ministro o ministros dictaminadores consideraran necesarios.

La facultad investigatoria se estableció como un procedimiento de naturaleza extraordinaria, por virtud del cual se otorgaban competencias a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y cuyo objetivo era determinar la existencia de una violación "grave" a las garantías individuales o al voto público, entendido este último como un verdadero derecho fundamental y no con aquella imprecisión que la propia historia constitucional otorgaba al concepto de "garantías individuales" al entender que su referencia correspondía a los derechos humanos , en su caso, derechos fundamentales.

El antecedente más remoto de la facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia se registró el 24 de junio de 1879, cuando algunos marinos del barco *Libertad* se sublevaron en Veracruz contra el gobierno de la República. Luis Mier y Terán, entonces gobernador de la entidad y teniendo conocimiento de dicho pronunciamiento, avisó a Porfirio Díaz, quien era presidente de la República, para informarle lo sucedido, y en respuesta recibió la orden de matar a los insurrectos. El gobernador comenzó las ejecuciones la madrugada del 25 de junio; ante esto, el juez de distrito local, Rafael de Zayas Enríquez, se trasladó a las instalaciones del Batallón 23, donde encontró que nueve de los doce detenidos ya habían sido fusilados. Después de aquel acontecimiento, el

juez declaró que los restantes se encontrarían bajo la protección y amparo de la justicia federal.

Los anteriores acontecimientos generaron un escándalo público, y con ello la posibilidad de que sin que mediara procedimiento alguno se generaría un procedimiento extraordinario que permitiera la protección por parte de la justicia federal de las personas que hubieran sufrido alguna violación grave a sus derechos humanos.

La facultad de investigación se incluyó en el texto constitucional de 1917 y, a decir de diversos especialistas en la materia, de manera imprevista, fue presentado por Carranza el proyecto constitucional. A través de dicho procedimiento se otorgaban atribuciones indagatorias, destinadas a garantizar no solo la vigencia eficaz de los derechos fundamentales del gobernado en general, sino además los derechos político-electorales de los ciudadanos en particular, con lo cual se garantizaba el Estado de derecho, pues contemplaba la posibilidad de su procedencia por violaciones graves a los derechos fundamentales que pudieran verse lesionados por una autoridad, en este procedimiento, se contemplaba una investigación documental que, a la postre, llegaría a producir "una opinión autorizada con un peso moral especial", por tratarse de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien emitía dicho dictamen, aunque carecía de algún tipo de coerción.

Al proclamarse la Constitución federal de 1917, en el tercer párrafo del art. 97 se estableció por primera vez la facultad de investigación, señalando que la Suprema Corte podía nombrar a alguno o algunos de sus miembros, o algún juez de distrito o magistrado de circuito, o designar a uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juzgara conveniente o lo pidiere al Ejecutivo Federal, o alguna de las cámaras de la Unión, o el gobernador de algún Estado, únicamente para que averiguara la conducta de algún juez o magistrado federal, o algún hecho o hechos que constituyeran violación de alguna garantía individual, o la violación del voto público, o algún otro delito castigado por la ley federal.

En 1977 se eliminó del texto constitucional lo referente a la violación del voto público y se creó uno especial para regularlo, es decir, la reforma de ese año dividió el artículo en dos partes, para formar dos párrafos, el segundo y el tercero; estableciendo de manera inmediata violaciones a las garantías individuales, en el segundo y cambiando de lugar su intervención respecto a la violación del voto público, que se incluyó en el tercer párrafo, indicando que la Suprema Corte de Justicia estaba facultada para practicar de oficio la averiguación de algún hecho o hechos que constituyeran la violación del voto público, pero solo en los casos en que a su juicio pudiera ponerse en duda la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los poderes de la Unión. Los resultados de la investigación se tendrían que hacer llegar oportunamente a los órganos competentes. En virtud de la evolución jurídica y política de la materia electoral y con la creación del Tribunal Electoral como un órgano especializado e independiente y su inclusión al Poder Judicial de la Federación, hoy los asuntos de esta naturaleza son resueltos por un órgano cualificado para ello, como única y última instancia.

La facultad de investigación permitía que los comisionados que realizaban dicha actividad fueran nombrados por el Pleno de la Corte en un procedimiento que tenía eficacia inmediata, por lo que la Suprema Corte estimó que no existía la necesidad de que se detallara en una ley o reglamento y, en ausencia de disposición normativa emitida por el órgano legislativo, expidió un acuerdo que indicaba cuál sería el procedimiento para la tramitación de los asuntos sometidos a su competencia.

Este procedimiento no tiene carácter jurisdiccional, ya que toda investigación se limitaba exclusivamente a los hechos consumados determinados por el Pleno en la resolución en la que se acordara el ejercicio de la facultad de investigación. Las investigaciones podrían durar hasta seis meses, correspondiendo al Pleno decidir si dicho plazo podría ser ampliado cuando la investigación así lo requiriera, asimismo, solicitar la colaboración de las personas físicas o morales que resultara necesaria para la investigación, a fin de que manifestaran los hechos o datos que les constaran. Dentro de los quince días siguientes a la designación de la Comisión investigadora, ésta debía elaborar el protocolo de investigación, y lo haría del conocimiento del Pleno, el cual tenía las facultades de modificarlo en cualquier momento.

El ejercicio de la atribución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para investigar este tipo de violaciones solo podía originarse en dos supuestos: *a)* por solicitud del presidente de la República, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión o el gobernador de algún estado y *b)* cuando la Suprema Corte lo juzgara conveniente. La distinción con los sujetos anteriores, que pueden solicitar su ejercicio, radica principalmente en que al surtirse la primera hipótesis, la actuación es obligatoria, mientras que en el segundo supuesto constituía una facultad discrecional.

En noviembre de 2007, después diversas críticas a la disposición contemplada en el art. 97 constitucional correspondiente a las violaciones graves del voto público, se suprimió el párrafo tercero, dejando sin esa facultad a la Corte. En 2011, con la reforma constitucional en derechos humanos del 10 de junio, la facultad que aún se contemplaba por violaciones graves a los derechos humanos, y con la finalidad de fortalecer el sistema de tutela no jurisdiccional de los derechos humanos, se trasladó a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, dejando sin esta atribución al tribunal constitucional.

Fabiola Martínez Ramírez

Federalismo

El tema del federalismo, como una forma que puede adoptar el Estado, ha sido objeto de incontables estudios. Desde los bien conocidos documentos de *El Federalista*, escritos por Hamilton, Madison y Jay, hasta la fecha se ha producido gran cantidad de trabajos que, desde diversas perspectivas y teniendo en mente distintos objetivos, han tratado de dar luz acerca de la naturaleza y el funcionamiento de dicha forma estatal, bajo la cual viven en la actualidad por lo menos 25 países.

Sin embargo, a pesar de la abundancia de los trabajos sobre este tema, no existe en la literatura una definición de federalismo que a todos satisfaga

y que a la experiencia de todos los sistemas federales corresponda. Algunas definiciones, por ejemplo, se han desarrollado en un terreno estrictamente institucional. Tal sería el caso de la definición de K. C. Wheare, para quien hablar de una Federación significa aludir a un tipo de organización política en el cual dos niveles de gobierno, el federal y el regional, son independientes uno del otro pero operan de manera coordinada. En esa misma perspectiva podríamos ubicar a Preston King, para quien una Federación es un Estado soberano que se distingue de otros Estados por el solo hecho de que su gobierno central incorpora, a nivel constitucional, a unidades regionales dentro de su proceso de toma de decisiones. Por su parte, Carl Friedrich estima que solamente es posible hablar de federalismo cuando un conjunto de agrupaciones políticas coexisten e interactúan como entidades autónomas, unidas en un orden común que también tiene su propia autonomía.

Otros autores, como W. S. Livingston, han intentado enfatizar la base social o material del federalismo como una variable básica de la que depende cierto tipo de estructura institucional. Así, para este autor, "la esencia del federalismo" se encuentra no en la estructura institucional o constitucional, sino en la sociedad misma. Una organización de tipo federal es un instrumento por medio del cual las cualidades federales de una sociedad son articuladas y protegidas. A su vez —según King— una sociedad tiene la calidad de federal cuando la diversidad (económica, religiosa, racial, histórica) de la población están agrupadas territorialmente.

No pretendemos en este comentario resolver la cuestión relativa a la definición de lo que es el federalismo. Los problemas semánticos de tal definición, que por lo demás son bastante comunes en la definición de los conceptos básicos de las ciencias sociales, ya han sido ampliamente expuestos por King. Sin embargo, podemos intentar construir un concepto de federalismo que nos permita apreciar una lógica común, compartida por ciertos Estados, que a la vez sirva para distinguirlos de otras formas de organización política.

Para delimitar el concepto de federalismo, en primer lugar, hemos de decir que no vamos a aludir a una connotación ideológica o filosófica, es decir, como una serie de principios cuya adopción se recomienda y prescribe como la forma ideal de organizar políticamente a una sociedad. Tampoco hemos de adoptar una noción sociológica de federalismo que, como la de Livingston, ponga el acento en la diversidad social como la variable independiente. Al desechar estas dos perspectivas no queremos negar su importancia para explicar el surgimiento, el funcionamiento y la conservación de un Estado federal.

En cambio, en el presente comentario nos limitamos a afirmar que, desde una perspectiva político-institucional y como forma que puede adoptar un Estado, el federalismo se puede caracterizar a través de las siguientes notas:

a) La existencia de órganos de poder federales (o centrales) y órganos de poder locales (o regionales) con autonomía garantizada por la Constitución.

b) La división constitucional de competencias entre los órganos centrales y los órganos locales.

c) La existencia de alguna forma de representación de las entidades locales en el gobierno federal y de participación en la formación de la voluntad federal.

José Ma. Serna de la Garza

Fueros aragoneses

El derecho de la Alta Edad Media en los reinos de la Península ibérica fue recogido parcialmente en textos que reciben la genérica denominación de *Fueros.* La palabra romance "fuero" deriva de latín *forum*, que significa foro y hace referencia al compilado de normas que implican privilegios y exenciones otorgados a una población, mismos que representan, en general, mayor beneficio respecto de otras localidades o respecto de las leyes generales del reino, y tienen su origen en la costumbre o en las decisiones judiciales. Regularmente dichas exenciones son de naturaleza fiscal o militar, y los privilegios se relacionan con condiciones de autogobierno, condición privada de los vecinos o con privilegios para regular la materia criminal y procesal. Los fueros aragoneses reflejan esencialmente una garantía de libertad de la población frente a la autoridad regia, y son fruto de la actividad que en conjunto realizaron el rey y los estamentos representados en las Cortes.

Desde el punto de vista del desarrollo del ordenamiento foral en la península, podemos hablar de tres etapas, es decir, la *formación* de fueros "breves" (siglos X y XII); la *difusión* de fueros que da lugar al fenómeno de las "familias de fueros", periodo que, a su vez, marca la etapa de plenitud del ordenamiento foral (siglos XI y XII), y finalmente el fenómeno de *recolección* por escrito de los fueros (aunque existen algunos fueros breves escritos), dando espacio a los llamados "fueros extensos" (siglo XIII), que se distinguen de los breves no solo por la extensión, sino porque intentan agotar toda la problemática jurídica de una localidad al regular no solo las cuestiones de gobierno y administración de la localidad, sino también de todas aquéllas relativas al derecho privado, criminal y procesal.

Desde el punto de vista de los contenidos esenciales de los fueros en el derecho alto medieval aragonés (siguiendo la propuesta del historiador del derecho español Sánchez-Arcilla Bernal) se pueden clasificar en los *fueros nobiliarios* (Fueros de Sobrarbe y Buenos Fueros de los infanzones de Aragón), los *fueros burgueses* (como el Fuero de Jaca de 1603 o 1604, que es uno de los más emblemáticos y trascendentes fueros del reino de Aragón, y que será base importante de los Fueros de Aragón de 1247), y los *fueros de frontera* (Fuero de Zaragoza).

Atendiendo a los grandes fenómenos históricos, podemos relacionar los fueros, por una parte, con la *reconquista* (expulsión de los musulmanes de los reinos peninsulares), pues tras ella, y con la respectiva misión de *repoblación* de los territorios recuperados, los fueros concedidos a la población que habría de habitar esos territorios (junto con las Cartas de población) se convirtieron en uno de los principales instrumentos normativos de la época. Por otra parte, la historia de los fueros guarda estrecha relación con el fenómeno histórico-jurídico de la *recepción del derecho romano justinianeo*, que de fondo implicaba la necesidad

de evitar la dispersión del derecho y con ello facilitar la labor jurisdiccional. En esta última etapa es donde ubicamos a los Fueros de Aragón, conocidos también como Código de Huesca o Compilación de Huesca, por ser promulgados solemnemente en una curia celebrada en Huesca el 6 de enero de 1247.

Dichos Fueros de Aragón de 1247 son el resultado de la labor recopiladora y de sistematización desarrollada por el obispo de Huesca, Vidal de Canellas, por encomienda de Jaime I, esto con la intención de terminar con el grado de inseguridad jurídica que había provocado la labor de los prácticos del derecho que, desde inicios de siglo XIII, habían realizado sus prácticas con base en colecciones privadas que contenían ese derecho foral aragonés dispersos de los siglos anteriores y sobre las que se hacían interpretaciones conforme a las necesidades de la época. Debido a este problema de seguridad jurídica se solicitó la intervención del rey para que se procediera a ordenar en texto oficial el derecho del reino, dejando sin valor oficial al resto de las colecciones privadas una vez promulgados dichos Fueros de Aragón. Aunque no hay unanimidad entre los historiadores del derecho español a la hora de reconocer la autoría de dichos fueros, no se niega como trascendente la labor de Vidal de Canellas al proyectar el fuero a la luz de formación romanista para la práctica, como queda demostrado en la obra que el obispo redactó como complemento y aclaración de los Fueros de Aragón, conocida como *Vidal Mayor*, facilitando con ello la penetración, indirecta, del *ius commune* en Aragón (de ahí deriva la idea de acudir al sentido natural o la equidad para resolver los pleitos en caso de que en el derecho recogido no se encontrara respuesta). Sobre esta obra tampoco existe unanimidad doctrinal a la hora de reconocer el grado de reconocimiento oficial que ha tenido.

Los Fueros de Aragón se redactaron originalmente en latín y fueron organizados en ocho tomos que abarcan principalmente temas de derecho privado, penal y procesal, tomando como modelo para su estructura una *summa* del Código de Justiniano. Sin embargo, tras su promulgación, se fueron agregando nuevos libros que contenían "fueros" derivados de la actividad conjunta del rey y del reino reunidos en Cortes (de ahí la característica de "paccionados"), de esta forma se incrementó hasta 12 tomos.

Esa actividad conjunta (del rey y los estamentos) pronto se identificó como una pugna que derivó en grandes limitaciones impuestas al poder regio. En ello jugó un papel fundamental la figura del "Justicia Mayor", una institución en principio creada para resolver los pleitos entre el rey y los nobles o entre éstos, era un juez privativo, nobiliario. Su naturaleza cambió con las Cortes de Zaragoza de 1283 al comenzar a conocer de los pleitos de los habitantes de las ciudades, representando los intereses del reino contra los abusos de la Monarquía. Su fuerza radicaba en su independencia judicial, la cual estaba basada en su inamovilidad. Por otra parte (como señala, entre otros, el historiador del derecho español, Gacto Fernández), ejercía "la función de juez de contrafueros, con facultades para juzgar los agravios al derecho tradicional aragonés del que era su más potente instrumento defensivo". El trabajo de reflexión y argumentación del Justicia Mayor o de sus lugartenientes para aclarar el sentido real de los fueros se refleja en las llamadas *Observancias*, las que se han considerado trascendentes no solo por la misión de protección fo-

ral, sino porque a través de ellas se completa el derecho tradicional (contenido en los fueros) con el derecho común, lo que constituye, en opinión de muchos historiadores, otra manera indirecta de romanizar el derecho aragonés, concluyendo (como señala Sánchez-Arcilla Bernal) que "a partir del siglo XV la vida jurídica aragonesa se puede decir que se encuentra totalmente romanizada". Este control ejercido por el Justicia Mayor fue eficaz hasta finales del siglo XVI en que dicha institución quedó bajo el control del rey (Felipe II), quien adquiere el derecho de nombrar al titular de dicha función. En el siglo XVIII fue suprimida esta institución por Felipe V, sin embargo, se recupera en 1982, estando vigente hasta nuestros días a través del Estatuto de Autonomía de Aragón y reconocida por la propia Constitución Española de 1978.

En este contexto, los Fueros Aragoneses contienen un derecho que, de alguna manera, es un símbolo de identidad de la comunidad aragonesa desde la Alta Edad Media hasta nuestros días, pues en la actualidad el derecho civil aragonés mantiene raíces en los Fueros, lo cual implica una continuidad histórica, avalada no solo por la Compilación de Derecho Civil especial de Aragón, promulgada en 1967, sino por la propia Constitución Española de 1978, que ampara y respeta los derechos históricos de los territorios federales.

Amelia Gascón Cervantes
María Dolores Madrid Cruz

Fundamentación definitoria

Según Robert Alexy (1983), la expresión "fundamentación definitoria" denota a una de las cuatro vías que posibilitan encontrar reglas del discurso que eviten lo que Albert (1968) ha designado como el "trilema de Münchhausen" (véase fundamentación empírica). Las otras vías son la fundamentación técnica, la fundamentación empírica y la fundamentación pragmático-trascendental o pragmático-universal.

La fundamentación definitoria se basa en el concepto de "juego de lenguaje" desarrollado por Wittgenstein en sus *Investigaciones filosóficas* (1953).

La influencia de este concepto wittgensteiniano en el pensamiento de Alexy es de gran trascendencia, lo que reconoce expresamente el autor en un epígrafe dedicado al tema en su *Teoría de la argumentación jurídica* (1983).

Con respecto a este concepto cabe decir que para (el segundo) Wittgenstein, el significado de una proposición es determinado por su uso dentro de cierto contexto, el cual es un reflejo de la forma de vida de los hablantes, es decir, de la manera en que se representan el mundo. A estos contextos, que constituyen una praxis vital común, es a lo que este filósofo se refiere con la expresión "juego de lenguaje".

Los juegos de lenguaje son múltiples y no existe entre ellos una propiedad o conjunto de propiedades comunes que los caracterice, sino que más bien están relacionados como por "un aire de familia". Algunos ejemplos de esta diversidad de juegos, citados por el propio Alexy, son: "ordenar y actuar según ordenes", "describir un objeto", "relatar un suceso", etcétera.

Una propiedad relevante del concepto de juego de lenguaje es que no se restringe a los intercambios meramente lingüísticos o proposicionales, sino

que se refiere a la totalidad de las actividades realizadas por los hablantes al momento de participar en el juego. Es decir, que hablar y actuar están estrechamente unidos.

Del hecho de que los juegos de lenguaje estén guiados por reglas no se sigue que dichas reglas determinen todo lo que puede ocurrir durante la actividad que tiene lugar durante el juego. Siempre hay espacios que deben llenar los jugadores durante el juego mismo. Por ejemplo, cuando una norma jurídica autoriza a la policía a irrumpir en un sitio donde podría estarse cometiendo un crimen no indica la fuerza con la que se deberá golpear la puerta para derribarla. En algún sentido, el juego se juega respetando las reglas, pero también haciendo camino al andar.

Para que cierto tipo de reglas y las razones que con base en ellas se puedan esgrimir tengan sentido es necesario considerarlas dentro del contexto natural al que pertenecen. Descontextualizar una regla es privarla de su sentido.

En conexión directa con el concepto de juego se encuentra el concepto de regla, y aquí, al igual que sucede con los juegos de lenguaje, no es posible encontrar un rasgo común y necesario que defina a todas las reglas, sino también una relación "de aire de un familia". Por ejemplo, entre las reglas de la sintaxis, las reglas del ajedrez, las reglas de la política y las reglas jurídicas.

Del concepto de juego de lenguaje, Alexy destaca cuatro puntos fundamentales para su teoría del discurso práctico racional, del cual la argumentación jurídica es un caso:

1. El uso descriptivo característico de las ciencias no es el único juego de lenguaje posible, lo que excluye que para considerar racional al lenguaje normativo deba reducírsele a lenguaje descriptivo. En este sentido, ambos juegos tienen el mismo nivel de importancia.

2. La lógica de los juegos del lenguaje solo puede ser comprendida si al lado de la dimensión estrictamente lingüística se considera a la totalidad de las actividades que despliegan los hablantes durante el juego (por ejemplo, la comunicación no verbal), es decir, concibe que el juego es una acción comunicativa a la manera de Habermas.

3. En tanto juegos del lenguaje, tanto el discurso moral como el jurídico son guiados por reglas.

4. Las representaciones del mundo y formas de vida en que se basan los juegos de lenguaje no son fundamentables, ni criticables, simplemente son.

Según Alexy, lo único importante en la fundamentación definitoria es que la presentación explícita de las reglas que definen al juego sea la motivación para las decisiones tomadas por parte de "los jugadores". Esta propiedad hace que no sea excluyente de los demás modos de fundamentación, como sucede, por ejemplo, con la fundamentación empírica que implica que el juego sea efectivamente jugado en los hechos.

Con respecto a las debilidades de la fundamentación definitoria, señala Alexy, podría criticarse su estatus de fundamentación, toda vez que no implica aducir razones en favor del juego de lenguaje, sino que simplemente se limita a explicarlo y presentarlo. En este sentido, pareciera que encierra cierto grado de arbitrariedad, lo cual es opuesto a la razón.

Sin embargo, y en defensa de este modo de fundamentación, Alexy señala que el hecho de presentar de manera completa y explícita al sistema de reglas que caracteriza a un juego de lenguaje constituye una base para la decisión acerca de si seguir el juego o no.

Por otra parte, la fundamentación definitoria tiene la ventaja de hacer posible la construcción de sistemas de reglas totalmente nuevos, propiedad fundamental del juego de lenguaje que es el derecho.

Como sucede con los demás modos de fundamentación dirigidos a evitar el trilema de Münchhausen, la fundamentación definitoria es parte de los elementos constitutivos de la teoría del discurso racional que sirve de base para la teoría de la argumentación jurídica de Alexy.

Enrique Cáceres Nieto

Fundamentación empírica

Según Robert Alexy (1983), la expresión "fundamentación empírica" denota a una de las cuatro vías que posibilitan encontrar reglas del discurso que eviten lo que Albert (1968) ha designado como el "trilema de Münchhausen". Las otras vías son la fundamentación técnica, la fundamentación definitoria y la fundamentación pragmático-trascendental o pragmático-universal:

El contexto problemático y teórico en que se expone dicho concepto es el siguiente:

Inspirado en las teorías de ética analítica de Hare, Toulmin, Baier, así como en la teoría de la deliberación de la escuela de *Erlangen*, la teoría de la argumentación de Perelman, pero sobre todo en la teoría consensual de la verdad de Habermas, Alexy desarrolla una teoría de la argumentación jurídica como un caso del discurso práctico general, es decir, del discurso moral.

Junto con Habermas suscribe la tesis de que al igual que los problemas teóricos, los problemas prácticos (los problemas morales) también pueden decidirse de manera racional. Sin embargo, para que ello sea posible es necesario contar con un criterio de validez diferente al del discurso teórico. Mientras que para éste es la verdad, el criterio de validez de la razón práctica es el de corrección: todo argumento práctico se esgrime con la pretensión de ser correcto.

Inspirado en el concepto de acción comunicativa de Habermas, Alexy conceptualiza a la "argumentación" no como un sistema de proposiciones lingüísticas, sino como a un proceso de interacción comunicativa entre entes racionales.

Una propiedad esencial de la argumentación entendida como proceso racional estriba en la necesidad de la fundamentación de sus proposiciones normativas, entendiendo por tales a aquellas que expresan juicios de valor o de deber tales como: "A ha obrado mal".

Inspirado en Hare y Toulmin, Alexy considera que quien aduce a favor de una proposición normativa N ("A ha actuado mal"), una razón G (por ejemplo, "A ha insultado a B"), presupone una regla R (por ejemplo, "es malo atentar contra la dignidad de los demás"), de la que, conjuntamente con G, se infiere lógicamente N. En esta caso, N queda fundamentada en G y R.

Sin embargo, una de las propiedades del discurso racional es que ninguna fundamentación tiene garantías absolutas y siempre está abierta a debate, lo que significa que cualquier fundamentación puede ser objetada.

Cuando una fundamentación es objetada, quien desee defender su argumento original se verá obligado a presentar una fundamentación de segundo nivel con respecto a la primera fundamentación. En congruencia con lo dicho, esta segunda fundamentación también podrá ser objetada, lo que implicará la necesidad de una nueva fundamentación, y así sucesivamente. Esta situación parece llevar a un indeseable callejón sin salida en el que: *a)* se cae en un regreso al infinito; *b)* hay que abandonar la fundamentación para adoptar una decisión sin fundamento, o *c)* se incurre en una circularidad. A este aparente callejón sin salida es a lo que Alexy, citando a Albert, se refiere como el "trilema de Münchhausen".

Para Alexy, la aparente paradoja que el trilema implica puede evitarse si se encuentran reglas del discurso, es decir, reglas que, a diferencia de la lógica, no se dirijan únicamente a las proposiciones lingüísticas, sino a reglas sobre la actividad de fundamentación, es decir, sobre el comportamiento de los hablantes. Según este autor, para la posibilidad de encontrar dichas reglas se ofrecen cuatro vías: 1. Considerar a las regla del discurso como reglas técnicas, es decir, orientadas a fines; 2. Como reglas que definen un juego de lenguaje; 3. Como reglas de fundamentación pragmático-trascendental que determinan las condiciones de posibilidad de la comunicación lingüística y, finalmente, 4. Como reglas de fundamentación empírica.

Cada una de estas vías presenta diferentes inconvenientes y ventajas que finalmente Alexy termina integrando en una versión de fundamentación pragmático-trascendental.

La fundamentación empírica consiste en considerar a las reglas del discurso como aquellas que efectivamente se siguen en los hechos por parte de una comunidad lingüística, como consecuencia de seguir convicciones normativas realmente existentes.

El problema de esta vía es que del hecho de que en una determinada comunidad se sigan ciertas prácticas lingüísticas, no significa necesariamente que dichas prácticas sean racionales.

Poro otra parte, en favor de esta vía se encuentra la presunción de una mínima racionalidad de las prácticas comunicativas por el hecho de haber persistido en la comunidad. Por otra parte, el análisis empírico de dichas prácticas puede revelar contradicciones e incompatibilidades entre las convenciones normativas que las soportan, lo que puede llevar a que ciertas prácticas sean abandonadas después de un ejercicio de fundamentación que las haga ver como irracionales.

En este sentido, dice Alexy, una fundamentación empírica es siempre provisional y depende de las correcciones que tengan lugar mediante otros modos de fundamentación dentro de la propia comunidad.

Enrique Cáceres Nieto